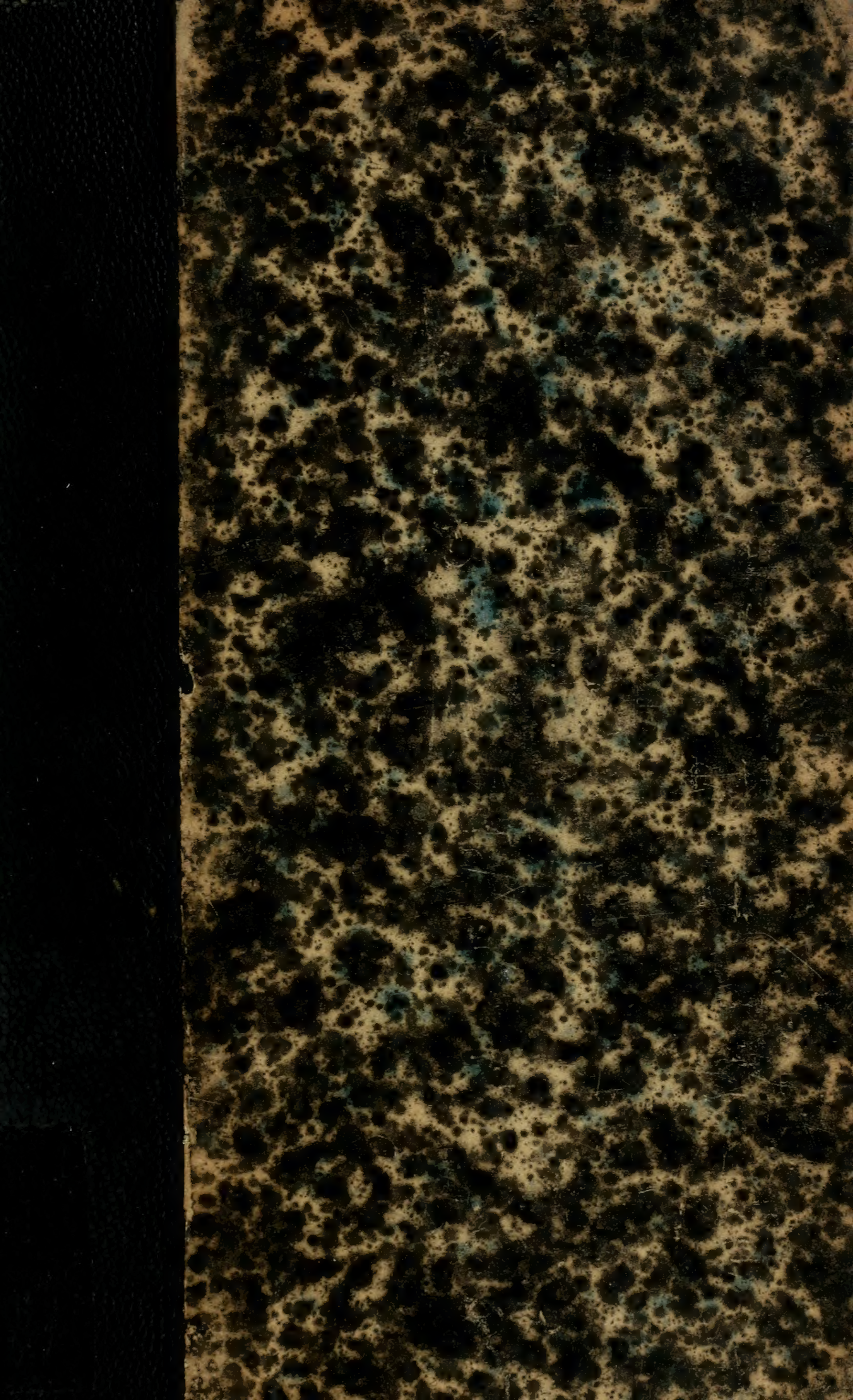
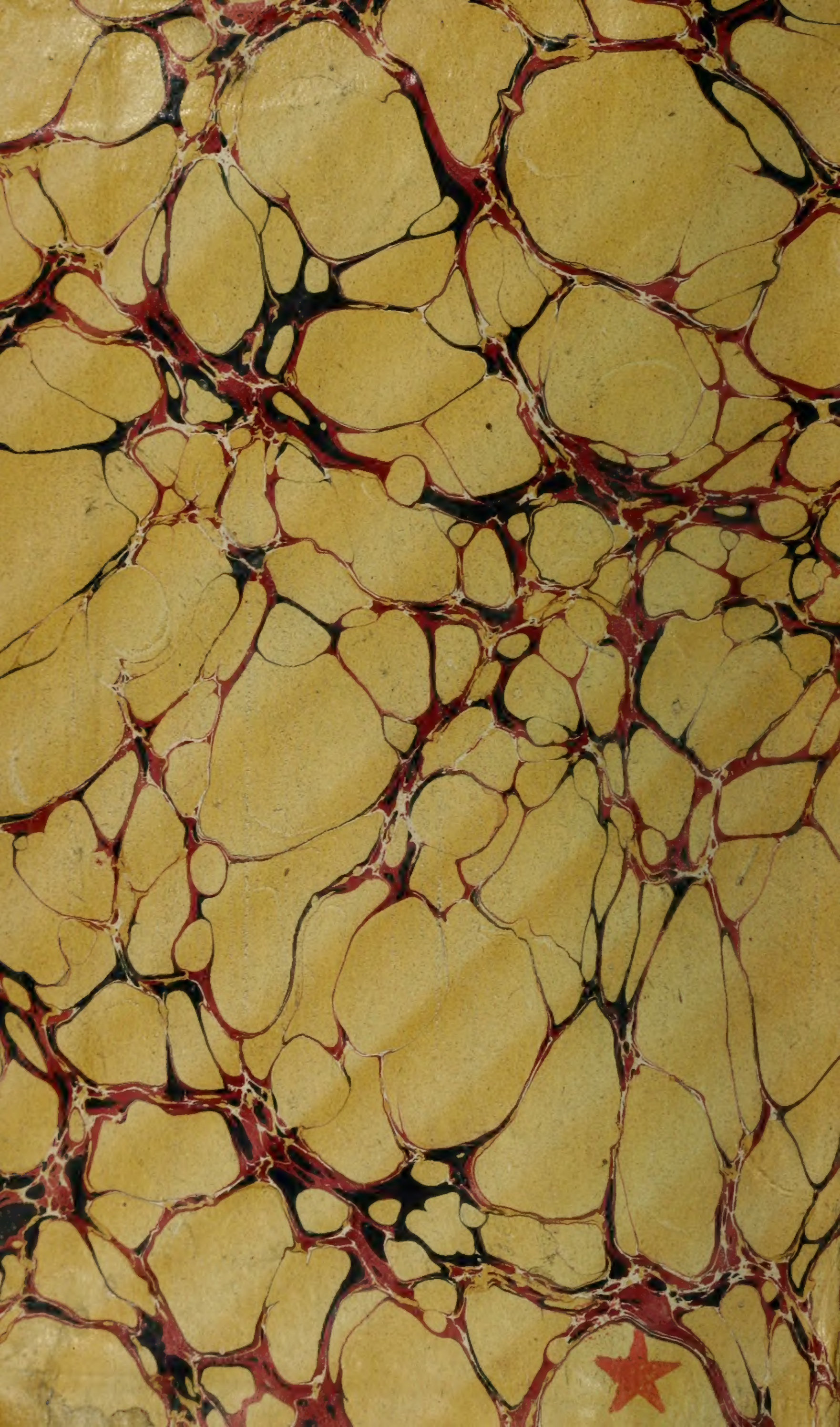
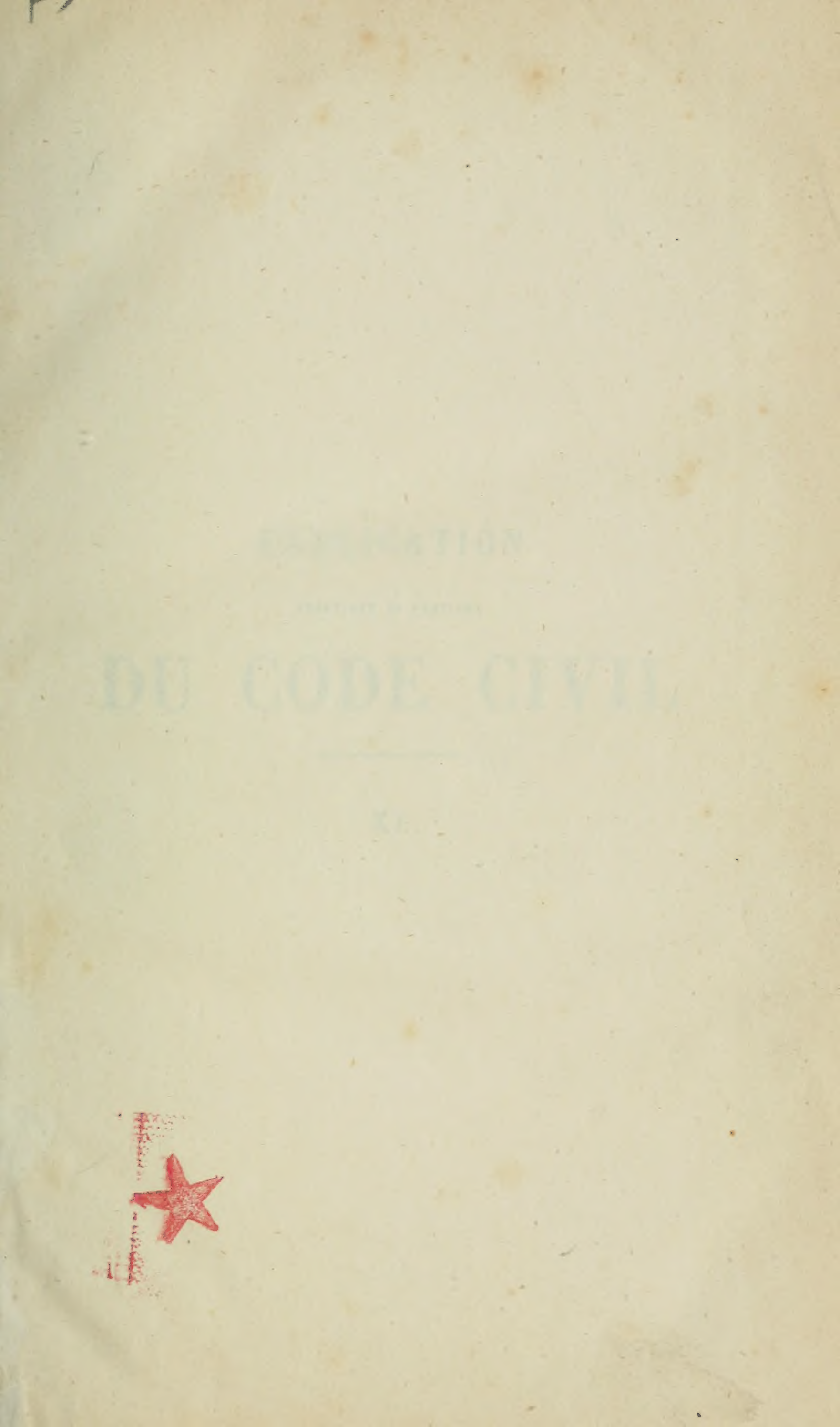







UNIVERSITAS
O. M. I.
OTTAWIENSIS



EXPLICATION

DU CODE CIVIL

EXPLICATION

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DU CODE CIVIL

XI

PARIS. — TYPOGRAPHIE DE J. BEST,
rue des Missions, 15.

EXPLICATION

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DU CODE CIVIL

CONTENANT

L'ANALYSE CRITIQUE DES AUTEURS ET DE LA JURISPRUDENCE

La science du droit consiste autant dans la réfutation des faux principes que dans la connaissance des véritables.
Répertoire de Merlin, v° *Novation*.

TOME ONZIÈME

COMMENTAIRE-TRAITÉ

DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES

ET DE L'EXPROPRIATION FORCÉE

MIS EN RAPPORT AVEC LES LOIS SUR LA TRANSCRIPTION
SUR LA TENUE DES REGISTRES HYPOTHÉCAIRES
SUR L'HYPOTHÈQUE MARITIME, ETC.

PAR PAUL PONT

Membre de l'Institut, conseiller à la Cour de cassation
CONTINUATEUR DE V. MARCADÉ

3e édition, revue et augmentée.

TOME SECOND

PARIS
DELAMOTTE ET FILS, ÉDITEURS
ADMINISTRATEURS DU RÉPERTOIRE DE L'ENREGISTREMENT
Par M. Garnier
9, RUE CHRISTINE-DAUPHINE, 9

1876

EXPLICATION

DU CODE CIVIL

LIVRE TROISIÈME

TITRE XVIII

DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

(Décrété le 19 mars 1804. — Promulgué le 29.)

CHAPITRE III

DES HYPOTHÈQUES.

(Suite.)

SECTION III

DES HYPOTHÈQUES CONVENTIONNELLES.

SOMMAIRE.

606. L'hypothèque conventionnelle est celle qui a été le moins attaquée. — 607. Division.

606. Enfin, la dernière des hypothèques énumérées dans l'art. 2116 est l'hypothèque conventionnelle, celle qui, selon la définition de l'article 2117, dépend des conventions et de la forme extérieure des actes et des contrats. Celle-ci, à la différence des hypothèques légale et judiciaire, n'a pas eu à se défendre, dans son principe, contre de bien sérieuses attaques. Elle n'a eu et n'a pu avoir pour détracteurs que ceux qui ont considéré l'hypothèque comme une institution vicieuse par essence. C'était, au fond, la pensée de Portalis lorsque, dans la discussion générale à laquelle donna lieu le régime hypothécaire au conseil d'État, il disait que le système le plus naturel et le plus simple serait de laisser chacun veiller par lui-même à ses intérêts, et chercher principalement sa sûreté dans la moralité de ceux avec lesquels il contracte (1). C'était aussi la pensée de la Cour de Lyon lorsque, dans les

(1) Voy. Fenet (t. XV, p. 294 et 295); Locré (t. XVI, p. 183 et 184).

observations ci-dessus indiquées (n° 569, *in fine*), elle proposait, comme ce qu'il pouvait y avoir de mieux à faire, de revenir aux pratiques des temps primitifs où tous les créanciers concouraient sur le prix des immeubles comme sur celui du mobilier; où le propriétaire malaisé vendait son immeuble comme il vendait son diamant, son vaisseau; où l'homme aisé qui n'avait pas de crainte sur les suites d'une acquisition, ni de formalités à remplir pour la consolider, achetait un immeuble comme une bague, sûr de le revendre avec la même facilité.

Mais à part ces appréciations purement philosophiques, qui d'ailleurs portent sur le régime hypothécaire pris dans son ensemble, l'hypothèque conventionnelle a été généralement défendue dans son principe. On l'a considérée comme l'élément de confiance dans tous les contrats, comme le levier le plus puissant pour déplacer les capitaux; et, à ce titre, tous les efforts de la réforme, loin de tendre à la supprimer, se sont portés à rechercher les combinaisons et les systèmes les mieux faits pour en faciliter le jeu ou en assurer les effets.

607. C'est aussi à ce point de vue que se sont placés les rédacteurs du Code civil. Les dispositions qu'ils ont édictées, dans cette pensée, sont-elles les meilleures? Se déduisent-elles toutes exactement du principe qui les domine? Les modifications et les réformes qui à diverses reprises ont été proposées seraient-elles de nature à donner à un plus haut degré, au contrat hypothécaire, cette sûreté qui en est la condition essentielle? Ce sont autant de points que nous examinerons dans notre commentaire. Quant à présent, nous constatons que cette troisième cause d'hypothèque, par cela même que tout y procède de la convention, ne pouvait pas, comme les deux autres, être réglée par la loi sans un certain développement. Ainsi, tandis que les sections de ce chapitre relatives aux hypothèques légale et judiciaire contiennent, la première deux articles, et la seconde un seulement, celle-ci, relative à l'hypothèque conventionnelle, en renferme dix (nous y ajouterons les articles 2163, 2164), que le législateur consacre à régler successivement la capacité nécessaire à l'effet de consentir hypothèque (art. 2124, 2125, 2126), la forme du contrat hypothécaire (art. 2127 et 2128), et le caractère de cette hypothèque, c'est-à-dire sa spécialité avec les exceptions qui y ont été faites, d'abord au point de vue du gage hypothécaire (art. 2129, 2130, 2131, 2133), ensuite au point de vue de la créance garantie (art. 2132, 2163, 2164).

2124. — Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent (1).

---

(1) Le principe est reproduit par la loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime dont l'art. 3 dispose que « l'hypothèque sur le navire ou sur portion du navire ne peut être consentie que par le propriétaire ou par son mandataire justifiant d'un mandat spécial. » — Pour le commentaire, voy. *infrà*, n° 635 *bis*.

SOMMAIRE.

I. — 608. L'hypothèque conventionnelle, presque toujours consentie par le débiteur lui-même, peut cependant être donnée par un autre que lui, comme le Code l'a dit formellement du gage dans l'art. 2077. Rien ne s'oppose, en effet, à ce qu'une personne, sans se constituer caution de la dette d'un tiers, ce qui impliquerait une obligation personnelle de sa part, affecte hypothécairement l'un de ses immeubles à la sûreté de cette dette. « Rien ne peut faire révoquer en doute, dit justement M. Tarrible, la validité d'une convention par laquelle un tiers consentirait à ce que son immeuble fût hypothéqué pour

la sûreté d'une dette étrangère, sans qu'il entendît néanmoins se soumettre à payer cette même dette. » (1) Nous avons déjà indiqué cela en expliquant les dispositions générales de notre titre (voy. *suprà,* n° 9); et la jurisprudence a sanctionné ces engagements, auxquels elle refuse seulement, avec raison, le caractère et les effets d'un cautionnement proprement dit (2). L'hypothèque conventionnelle peut donc être constituée soit par le débiteur lui-même pour assurer le remboursement de sa propre dette, soit par un tiers pour assurer le payement de la dette d'un autre, même sans que le constituant soit *personnellement* tenu.

Mais, soit que l'hypothèque ait été constituée par le débiteur, soit qu'elle ait été constituée par un tiers, il faut nécessairement que celui de qui la constitution émane ait eu capacité pour le faire.

Or l'hypothèque étant un démembrement du droit de propriété, (*suprà,* n° 327), celui qui constitue une hypothèque fait acte d'aliénation, en ce qu'il confère au créancier le droit réel de suite sur l'immeuble aux mains des tiers, et le droit de faire vendre l'immeuble pour être payé. Donc, la capacité à l'effet de constituer hypothèque est subordonnée à une double condition : il faut que le constituant soit propriétaire de la chose hypothéquée, et, de plus, qu'il ait la faculté d'en disposer.

Cela résulte de notre article, dont nous avons à présenter le commentaire dans les deux points de vue qu'il embrasse.

II. — 609. Pour pouvoir conférer hypothèque, il faut avoir la faculté de disposer de la chose hypothéquée. Notre art. 2124 indique cela nettement en disant que « les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux *qui ont la capacité d'aliéner* les immeubles qu'ils y soumettent. » Ainsi, ce que le législateur exige ici, ce n'est pas une capacité telle qu'elle, la capacité de *s'obliger;* c'est une capacité spécialement déterminée, la capacité d'*aliéner.* L'hypothèque étant un acte d'aliénation, la disposition de la loi est parfaitement conséquente. M. Duranton a donc écrit à tort « qu'en thèse générale, ceux qui ne peuvent s'obliger valablement ne peuvent, par cela même, valablement hypothéquer leurs biens. » (3) Il s'induirait de là, *à contrario,* que ceux au contraire qui peuvent s'obliger valablement pourraient par cela même conférer hypothèque; et, en effet, on verra tout à l'heure (*infrà,* n°s 613 et 614) que le savant professeur raisonne d'après cette induction dans les applications qu'il fait de son principe. Or elle manque d'exactitude; car il est telles personnes (par exemple,

---

(1) Voy. M. Tarrible (*Rép. de Merlin,* v° Hyp., sect. 2, § 3, art. 6, n° 6).

(2) Il a été décidé, notamment, que celui qui consent une affectation hypothécaire pour sûreté d'une créance, sans s'obliger lui-même au payement subsidiaire, n'étant pas une caution dans le sens de l'art. 2011 du Code civil, ne peut demander sa décharge sur le fondement que la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier ne peut plus, par le fait de celui-ci, s'opérer en sa faveur. Cass., 25 nov. 1812 et 10 août 1814. Voy., à cet égard, notre commentaire de l'art. 2037, au titre *Du Cautionnement.*

(3) Voy. M. Duranton (t. XIX, n° 343).

le mineur émancipé, le mineur représenté par un tuteur, la femme séparée de biens) qui ont un droit d'administration dans les limites duquel les obligations qu'elles contractent sont parfaitement valables, mais qui, n'ayant pas la capacité d'*aliéner* leurs immeubles, n'auraient pas, par cela même, d'après le texte précis et très-positif de notre article, la capacité de les *hypothéquer*. Nous posons donc en principe et en thèse générale que la capacité à l'effet de consentir hypothèque se règle (sauf de rares exceptions déterminées par la loi elle-même : voy. *infrà*, n°s 612 et 633) sur la capacité d'*aliéner* et non sur celle de s'*obliger*.

610. Ainsi, quiconque a la libre disposition des immeubles dont il est propriétaire y conférera valablement une hypothèque conventionnelle, pourvu d'ailleurs que l'hypothèque soit constituée en la forme et dans les conditions déterminées par la loi (*suprà*, n° 322). Au contraire, celui qui, bien que propriétaire d'immeubles, n'aurait pas la faculté de les aliéner, ne pourrait pas les affecter hypothécairement par une convention. La première partie de la proposition s'explique d'elle-même et n'a pas besoin de commentaire; il en est autrement de la seconde. Voyons donc en quel cas et dans quelles circonstances la capacité civile est affectée à ce point que celui qui est propriétaire n'a pas cependant la faculté d'aliéner sa chose et la faculté corrélative de l'hypothéquer.

La capacité civile est plus ou moins affectée dans des cas assez nombreux qui procèdent de causes différentes. Dans quelques-uns, l'incapacité révèle une pensée de protection : telle est l'incapacité dont sont atteints les femmes mariées, les mineurs, les interdits, les prodigues ; dans d'autres cas, l'incapacité prend le caractère soit d'une indignité, soit d'une déchéance : telle est, d'une part, l'incapacité des condamnés à des peines afflictives et infamantes, et, d'une autre part, l'incapacité des négociants faillis, des non-négociants en état de déconfiture ou de cession de biens, et du propriétaire dont les biens sont frappés de saisie immobilière. L'exercice du droit de propriété est plus ou moins entravé pour toutes ces personnes. Sont-elles néanmoins privées de la faculté d'hypothéquer leurs immeubles ? C'est ce que nous avons à examiner.

611. Les femmes mariées peuvent conférer hypothèque dans un seul cas : c'est lorsqu'elles sont marchandes publiques, pourvu même que, dans ce cas, il s'agisse de leurs immeubles autres que leurs immeubles dotaux. En effet, l'art. 7 du Code de commerce, limitant la disposition trop générale du Code civil, dispose que « les femmes marchandes publiques peuvent engager, *hypothéquer* et aliéner leurs immeubles; et toutefois que leurs biens stipulés dotaux, quand elles sont mariées sous le régime dotal, ne peuvent être *hypothéqués* ni aliénés que dans les cas déterminés et avec les formes réglées par le Code civil. »

En toutes autres circonstances, la femme mariée ne peut *seule* consentir hypothèque sur ses biens immeubles. Mariée autrement que sous le régime dotal, elle est régie à cet égard par l'art. 217 du Code civil, aux termes duquel « la femme, même non commune ou séparée de

biens, ne peut donner, aliéner, *hypothéquer,* acquérir à titre gratuit ou onéreux, *sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit.* » Mariée sous le régime dotal, elle est régie, quant à ses paraphernaux, par le même article ; et quant à ses biens dotaux, par l'art. 1554, suivant lequel « les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ou *hypothéqués* pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement », sauf les exceptions consacrées par les art. 1555 et suivants. — Ce n'est pas à dire que les immeubles de la femme ne soient pas susceptibles d'être hypothéqués ; nous disons seulement ici qu'ils ne peuvent pas l'être par la femme *seule,* sauf à parler bientôt de l'action du mari (*infrà,* n° 633).

Nous n'avons pas à insister sur ce point ni sur ceux qui s'y rattachent, tels, par exemple, que celui de savoir si la faculté d'aliéner qui a été réservée par son contrat de mariage à la femme dotale emporte ou comprend celle d'hypothéquer, parce que tout cela se rattache plus particulièrement à un autre titre du Code, et que ces questions ont été discutées, en effet, dans notre *Traité du Contrat de mariage* en collaboration avec M. Rodière (1).

Ajoutons seulement ici que l'affectation hypothécaire consentie par la femme, surtout par la femme dotale, contrairement aux prohibitions de la loi, pourrait être attaquée, non-seulement par elle-même et par son mari, mais encore par ses créanciers, sinon par ses créanciers simplement chirographaires (2), au moins par ceux qui ont un droit réel sur l'immeuble. La Cour de Toulouse a dit exactement en ce sens que le créancier dont le titre est paralysé par une hypothèque constituée par la femme a le droit de rechercher si l'hypothèque a été légalement assise sur l'immeuble dont le prix, à cause de la qualité de son titre, est le gage du payement de sa créance ; et, sur la demande du créancier, elle a déclaré nulle et inefficace l'hypothèque consentie par la femme, sans permission de justice, sur un immeuble dotal (3). Ceci se lie à la grave question de savoir si le droit d'attaquer l'aliénation indûment faite d'un immeuble dotal est personnel à la femme ou à ses héritiers ; et la solution émise sur ce point dans notre Traité précité (4) trouve un appui de plus dans cet arrêt de la Cour de Toulouse.

612. Le mineur n'a pas non plus la faculté de donner hypothèque ; ses immeubles peuvent bien être hypothéqués en certains cas et suivant des formes déterminées par la loi ; l'art. 2126 le dit expressément, et nous reviendrons bientôt là-dessus en commentant cet article (*infrà,* n°s 648 et suiv.). Mais ce que nous avons quant à présent à constater, c'est que le mineur, n'ayant pas *personnellement* la capacité d'*aliéner*

---

(1) Voy. *Traité du Contrat de mariage* (1re édit., t. I, n°s 654 et suiv. ; 2e édit., t. II, n°s 863 et suiv., et t. III, ch. 3, sect. 9, §§ 1 et 2, et ch. 4).

(2) Rej., 18 juill. 1859 (S.-V., 60, 1; 432; *J. Pal.*, 1859, p. 1073; Dall., 59, 1, 398).

(3) Toulouse, 26 févr. 1855 (S.-V., 55, 2, 611; *J. Pal.*, 1855, t. II, p. 605; Dall., 56, 2, 273). *Comp.* Pau, 19 déc. 1860 (Dall., 61, 2, 149). Voy. aussi M. Troplong (n° 462).

(4) Voy. *Traité du Contrat de mariage* (1re édit., t. II, n° 585; 2e édit., t. III, ch. 3, sect. 13).

ses immeubles, n'a pas non plus *personnellement* la faculté corrélative de les *hypothéquer*. Il en est, à cet égard, du mineur émancipé comme du mineur non émancipé : en principe, l'un n'a pas plus de liberté que l'autre (*comp.* art. 457, 483, 484, C. civ.). Seulement, il y a cette différence entre les deux que le mineur émancipé peut être autorisé à faire le commerce, auquel cas, s'il a été autorisé dans les termes de l'art. 2 du Code de commerce, il peut seul hypothéquer ses immeubles, d'après l'art. 6 du même Code. Notons d'ailleurs que cet article ne relève pas le mineur émancipé marchand de l'incapacité résultant de l'état de minorité aussi complétement que l'art. 7 relève la femme marchande publique de l'incapacité résultant de son mariage. Celle-ci peut seule, dans ce cas, non-seulement engager et hypothéquer ses immeubles, mais encore les *aliéner*. Le mineur émancipé ne peut, dans le même cas, qu'engager et hypothéquer les siens; il ne pourrait les *aliéner*, d'après l'art. 6 du Code de commerce, qu'en suivant les formalités prescrites par les art. 457 et suivants du Code civil : c'est un des cas exceptionnels (annoncés plus haut, voy. n° 609) où la capacité d'hypothéquer n'est pas corrélative à la capacité d'aliéner. — Quoi qu'il en soit, hors du cas prévu par l'art. 6 du Code de commerce, le mineur émancipé et le mineur non émancipé, nous le répétons, sont sur la même ligne : ils sont l'un et l'autre également incapables de conférer hypothèque sur leurs biens.

613. D'après cela, on pressent quel est notre avis sur la question souvent débattue à l'occasion de l'hypothèque consentie par le mineur émancipé (et qui peut s'élever aussi à l'occasion de l'hypothèque donnée par la femme séparée de biens sans autorisation de son mari ou de la justice) pour sûreté des obligations contractées dans les limites du droit d'administration qui lui appartient. Une telle hypothèque n'est pas valablement constituée, et la nullité en devra être prononcée si l'incapable en fait la demande après la cessation de l'incapacité. On dit bien que le mineur, étant autorisé à s'obliger dans les limites de son droit d'administration, est par cela même autorisé à donner des sûretés à son créancier; que, d'ailleurs, l'obligation qu'il contracte porte en elle-même le principe d'une aliénation, puisque, si le mineur ne paye pas, il pourra être dépossédé de ses immeubles en vertu du droit de gage général établi par l'art. 2092; et que dès lors il n'y a aucun motif de lui refuser le droit de conférer une hypothèque qui, en définitive, ne contiendrait en elle-même rien de plus que l'engagement à la sûreté duquel l'hypothèque serait donnée. C'est l'argument de M. Duranton (1), qui, en ceci, raisonne, comme nous l'avons fait pressentir plus haut (voy. n° 509), d'après une induction logique tirée du principe sur lequel il a fait reposer l'incapacité à l'effet de constituer hypothèque. Mais nous l'avons dit, le point de départ est fautif : la capacité à l'effet de constituer hypothèque, répétons-le, est réglée, non point sur la capacité de

(1) Voy. M. Duranton (t. XIX, n° 347).

s'*obliger,* mais sur la capacité d'*aliéner*. L'art. 2124 est précis à cet égard. Or cette capacité d'aliéner ses immeubles, le mineur émancipé ne l'a pas; donc il n'a pas non plus la capacité à l'effet de les hypothéquer. Qu'importe maintenant que, par l'effet de l'art. 2092, une aliénation éventuelle soit contenue en germe dans l'obligation prise par le mineur émancipé dans les limites de son droit d'administration? D'abord c'est là une menace qui peut-être ne se réalisera jamais, car rien n'assure que le mineur émancipé ne sera pas exact à remplir ses engagements; au contraire, l'affectation hypothécaire agit immédiatement par la brèche qu'elle fait au crédit du débiteur. Et puis autre chose est la sanction établie par la seule volonté de la loi en faveur de toute obligation dont elle reconnaît la validité (voy. *suprà,* n° 16); autre chose serait la sûreté de l'hypothèque que le mineur émancipé donnerait seul et par son action directe et spontanée : il y a ici un acte de libre disposition, un consentement émanant de la seule volonté du débiteur; et ce débiteur ne peut donner ce consentement d'une manière valable qu'à la condition d'en être reconnu capable par la loi. Le mineur émancipé est-il dans ce cas pour la constitution d'hypothèque? La preuve très-certaine qu'il n'y est pas, c'est que l'art. 6 du Code de commerce a cru devoir l'y placer exceptionnellement dans l'hypothèse qu'il prévoit.

614. De même, nous tiendrons pour nulle l'hypothèque donnée par le mineur pour sûreté d'un engagement qui aurait tourné à son avantage. Sans doute, si nous considérons l'engagement en lui-même, abstraction faite de la constitution d'hypothèque, nous ne dirons pas, avec MM. Toullier et Troplong (1), que le mineur est frappé d'une incapacité absolue et telle que le fait même de sa minorité établit à son égard une présomption de lésion d'où découlerait pour lui le droit de demander la nullité de tous les actes qu'il aurait faits sans l'autorisation de son tuteur. Au contraire, nous pensons, et nous avons essayé de l'établir ailleurs (2), conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, qui au surplus avait été devancée par l'opinion de la majorité des auteurs (3), qu'il faut distinguer entre certains actes que le tuteur lui-même n'aurait pu faire sans les formalités habilitantes déterminées par la loi, et ceux dans lesquels il doit en général représenter son pupille; et que si les premiers, faits par le mineur seul, doivent être annulés sur sa demande, sans qu'il ait à établir une lésion quelconque, il en est autrement des seconds, qui ne sont rescindables, pour avoir été faits sans

---

(1) Voy. MM. Toullier (t. VI, n°s 105 et suiv.; t. VII, n°s 575 et suiv.); Troplong (*De la Vente*, n° 166; *Des Hypothèques*, n°s 488 et suiv.; *Du Cautionnement*, n° 74). — *Junge:* MM. Magnin (*Minor.*, t. II, n° 1137); Demante (*Progr.*, t. II, n° 782).

(2) Voy. *Rev. de législ.* (t. XXI, p. 217 et suiv.).

(3) Voy. Rej., 18 juin 1844 (Dall., 44, 1, 687; *J. Pal.*, à sa date; S.-V., 44, 1, 497). — Voy. aussi MM. Merlin (*Quest.*, v° Hyp., § 4, n° 3); Proudhon (*Des Personn.*, t. II, p. 476 et 485); Delvincourt (t. II, p. 175); Duranton (t. X, n°s 273 et suiv., 378 et suiv.); Zachariæ (t. II, p. 434, note 7); Valette, sur Proudhon (*loc. cit.*, p. 469); Fréminville (*Minor.*, t. II, n° 827); Taulier (t. IV, p. 444; t. VII, p. 249); Marcadé (t. IV, n°s 885 et suiv.); Fréd. Duranton (*Rev. étrang.*, 1843, p. 345 et 689); Demolombe (t. VII, n°s 812 et suiv.).

l'assistance du tuteur, qu'autant que le mineur prouve qu'il a été lésé et qu'il en a éprouvé un préjudice dès le principe ou par une suite directe.

Mais de là à dire que la constitution d'hypothèque est dans le même cas et qu'elle ne peut être annulée qu'autant que l'engagement auquel elle a été ajoutée par le mineur pourrait être annulé lui-même, il y a une distance qu'on ne saurait franchir. En ceci encore, M. Duranton est d'un avis différent (1), ce qui est une déduction nouvelle et toute naturelle de la règle qu'il a posée au point de départ. Toutefois le principe étant que la capacité d'hypothéquer est corrélative à la capacité d'aliéner, il faut conclure que la constitution d'hypothèque, dans notre espèce, est nulle; et bien que l'engagement lui-même subsiste, elle devra être annulée sur la demande du constituant, parce qu'elle est précisément l'un de ces actes que le tuteur lui-même n'aurait pu faire sans l'accomplissement de certaines formalités habilitantes déterminées par la loi.

615. Enfin celui qui, même majeur, a été interdit pour cause de fureur, démence ou imbécillité, est, comme le mineur, auquel il est assimilé par l'art. 509 du Code civil, incapable de conférer hypothèque. — Il en est de même du prodigue auquel un conseil judiciaire a été nommé, lorsque le tribunal, usant de la faculté qui lui est donnée par l'art. 513, a défendu au prodigue de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge, d'aliéner, ni de grever ses biens d'hypothèques *sans l'assistance du conseil qui lui est nommé*.

616. Ainsi, dans cette première classe de personnes dont la capacité civile est affectée, nous voyons qu'à l'exception de la femme et du mineur émancipé, dans le cas seulement où ils sont autorisés à faire le commerce, tous sont privés de la faculté d'hypothéquer leurs immeubles. Est-ce à dire pourtant que l'hypothèque qu'ils auraient donnée sans le concours ou l'assistance de leurs représentants ou de leurs mandataires légaux, sans les autorisations ou les homologatione exigées par la loi, serait nulle radicalement et de plein droit? Nous ne le pensons pas, et c'est l'opinion généralement admise. La constitution d'hypothèque est seulement annulable; par cela même, elle peut être ratifiée par le constituant après la cessation de l'incapacité.

De là une question fort grave et très-vivement controversée entre les auteurs : celle de savoir si la ratification a son effet du jour où elle a lieu seulement, ou si elle remonte rétroactivement au jour de la constitution d'hypothèque, de telle sorte qu'elle puisse être opposée au créancier qui aurait acquis un droit réel sur l'immeuble, dans l'intervalle écoulé entre la cessation de l'incapacité et le jour de la ratification.

Sur ce point, nous mettrons tout d'abord à l'écart, comme à l'abri de toute controverse, le cas de ratification tacite résultant de ce que l'incapable qui avait constitué l'hypothèque ou ses ayants droit auraient

---

(1) Voy. M. Duranton (t. XIX, n° 347).

laissé écouler dix ans depuis le jour où l'incapable a été relevé de son incapacité sans intenter l'action en nullité ou en rescision qui lui appartenait. On a bien soutenu que même cette sorte de ratification tacite ne peut pas être opposée au créancier dont les droits sont nés après la cessation de l'incapacité (1). Toutefois, cette doctrine est sans écho. En réalité, il s'agit ici d'une prescription. Or la prescription accomplie agit, en principe, avec effet rétroactif; et comme elle suffirait à valider un acte radicalement nul, à plus forte raison doit-elle suffire à valider rétroactivement un acte simplement annulable. La solution, du reste, est admise généralement et sans difficulté (2).

Mais dans le cas de ratification expresse, c'est tout autre chose. Voici l'espèce : — Paul, encore mineur, a souscrit un engagement envers Joseph, auquel il a donné, sur sa maison de Versailles, une hypothèque qui a été immédiatement inscrite. Il a atteint ensuite sa majorité, et, ayant besoin d'argent, il en emprunte à Louis, auquel il confère hypothèque aussi sur sa maison de Versailles. Louis fait inscrire son hypothèque; et, peu de temps après, Paul ratifie par un acte exprès l'engagement qu'étant encore mineur, il avait pris envers Joseph et la constitution d'hypothèque qui y avait été accessoirement ajoutée. La maison de Versailles est vendue pour un prix qui suffit à peine à satisfaire l'un des deux créanciers. La question est de savoir lequel des deux aura la préférence. Sera-ce Joseph, dont le titre primitif a été ratifié? Sera-ce Louis, auquel l'hypothèque a été valablement conférée avant la ratification de l'hypothèque donnée en minorité? Là-dessus se sont produites les opinions les plus divergentes.

D'une part, on a soutenu d'une manière absolue que si le mineur devenu majeur peut ratifier l'obligation et l'hypothèque par lui consenties en minorité, on ne saurait admettre du moins que la ratification, quant à l'hypothèque, ait un effet rétroactif, particulièrement quand cela pourrait nuire aux droits des tiers : on s'est fondé sur l'art. 1338, qui, dans sa disposition finale, exprime que la confirmation, ratification ou exécution volontaire dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre l'acte confirmé, ratifié ou exécuté, *sans préjudice néanmoins du droit des tiers*. Selon ce système, qui paraît dominant en doctrine et en jurisprudence (3), la préférence serait accordée à Louis dans notre

(1) Voy. MM. Grenier (t. I, nº 47); Battur (t. I, nº 128).

(2) Voy. MM. Persil (art. 2124, nº 12); Dalloz (*Rép.*, vº Hyp., p. 191, nº 10); Duranton (t. XIX, nº 345); Troplong (nº 502).

(3) Voy. Nancy, 1er mai 1812; Paris, 12 juill. 1838 (S.-V., 39, 2, 5); Douai, 18 mai 1840 (S.-V., 40, 2, 289); Montpellier, 6 janv. 1866 (*J. Pal.*, 1866, p. 1028; S.-V., 66, 2, 280; Dall., 66, 2, 41). *Comp.* Req., 2 et 3 août 1859 (S.-V., 59, 1, 801; *J. Pal.*, 1860, p. 418; Dall., 59, 1, 419). On peut ajouter encore un arrêt de la Cour de cassation, du 16 janvier 1837 (S.-V., 37, 1, 102), dont la décision est intervenue à l'occasion de la vente d'immeubles consentie, par un mineur devenu majeur, avant la ratification d'une vente antérieure consentie en minorité. — Voy., en outre, MM. Persil (art. 2124, nº 12); Grenier (t. I, nºs 42 et suiv.); Battur (t. I, p. 196); Dalloz (*loc. cit.*, p. 190, nº 9); Martou (nº 979); de Fréminville (*Minor.*, t. II, nº 926); Marcadé (art. 1338, nº 5); Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. III, p. 486, notes 27 et 29); Larombière (art. 1338, nºs 53 et suiv.).

hypothèse. — D'autre part et dans un sens moins absolu, où l'on voit se produire encore l'influence de cette doctrine, combattue plus haut, qui mesure la capacité d'hypothéquer à celle de s'obliger, on distingue et l'on dit : « Si l'obligation hypothécaire consentie en minorité était rescindable, la ratification ne pourra préjudicier au droit des tiers intéressés à la faire rescinder, et qui pourront, en conséquence, proposer contre l'acte tous les moyens et exceptions que le mineur eût pu proposer lui-même, s'il n'eût pas ratifié ; mais si l'acte n'était pas rescindable dans l'intérêt du mineur, il ne l'est pas davantage dans l'intérêt des tiers, même de ses créanciers : la ratification n'a eu d'autre effet que de dispenser celui qui a traité avec le mineur de l'obligation de prouver que l'acte n'a pas préjudicié à ce dernier ; il sera toujours obligé de faire cette preuve à l'égard des tiers ; mais s'il parvient à la faire, il en résultera que le mineur, même avant d'avoir ratifié, n'aurait pu demander la nullité de l'acte, et que, par conséquent, les tiers, quels qu'ils soient, ne le peuvent pas davantage. » (1) Dans ce système, la préférence sera donnée à Louis ou à Joseph suivant que l'obligation principale souscrite en minorité envers ce dernier était ou n'était pas rescindable. — Enfin, dans une troisième opinion absolue comme la première, mais en sens inverse, on se détermine par les principes généraux en matière de confirmation, et l'on décide que la ratification a, dans tous les cas, un effet rétroactif à la date de l'acte ratifié (2) ; et, selon ce système, la préférence sera donnée à Joseph dans notre hypothèse.

Entre ces trois opinions, nous adoptons la dernière. C'est celle de Pothier, qui la justifie par des considérations à notre sens décisives. La loi, dit-il, n'interdisant aux mineurs la faculté de disposer de leurs biens et de les hypothéquer que pour leurs propres intérêts, cette incapacité n'est pas absolue, mais relative ; ils sont seulement incapables de disposer de leurs biens et de contracter sous l'hypothèque de ces mêmes biens, en tant que la disposition qu'ils auraient faite et l'engagement qu'ils auraient contracté leur serait désavantageux ; mais lorsque, en ratifiant en majorité cet engagement, ils ont reconnu qu'il ne leur était pas préjudiciable, l'acte et l'hypothèque dont il est accompagné doivent être regardés comme ayant été véritablement contractés, et, par conséquent, le créancier doit avoir hypothèque du jour de l'acte (3). Ajoutons que ce sont bien là les effets généraux de la confirmation, et que ceci est parfaitement conforme à l'idée que révèle une ratification, idée exprimée dans la disposition précitée de l'art. 1338 du Code civil. Sans doute cet article réserve les droits des tiers ; mais évidemment il ne réserve ces droits que dans les termes où ils ont été

---

(1) Ainsi s'exprime M. Delvincourt (t. II, p. 813, notes), dont l'opinion est suivie par M. Duranton (t. XIX, nos 344 et suiv.).

(2) Voy. Paris, 15 déc. 1830 (S.-V., 31, 2, 83). — *Junge* : MM. Merlin (*Quest.*, vo Hyp., § 4, 3e édit.); Toullier (t. VII, p. 565); Troplong (nos 487 et suiv.); Taulier (t. IV, p. 508); Aubry et Rau (t. II, p. 722, note 29; 4e édit., t. III, p. 270, note 31).

(3) Voy. Pothier (*De l'Hyp.*, no 46).

acquis. Or cette hypothèque consentie en minorité était révélée par l'inscription aux créanciers auxquels des droits réels ont été plus tard conférés par le mineur devenu majeur. Ceux-ci en ont connu l'existence, et ils ont été avertis que si elle avait été irrégulièrement constituée, elle pouvait cependant être confirmée, car la concession qui leur était faite à eux-mêmes n'impliquait en aucune façon l'idée que leur débiteur eût par là abdiqué le droit qu'il avait de faire cette confirmation. Les droits qu'ils ont acquis se sont donc établis sous cette menace, et, par cela même, on ne peut pas dire qu'il leur soit porté atteinte le jour où l'événement qu'ils ont dû prévoir est venu à se réaliser (1).

617. En terminant sur les incapacités dont la cause révèle une pensée de protection, nous indiquerons une situation particulière que l'on peut rapprocher de celles que nous avons appréciées jusqu'ici, bien que l'idée de protection, qu'on y trouve aussi, ne vienne pas directement de la loi. Nous voulons parler des clauses assez fréquentes dans les testaments, par lesquelles le testateur déclare insaisissables les choses par lui léguées. La validité de la clause peut être contestée, sinon lorsqu'elle porte sur des choses mobilières, puisque l'art. 581 du Code de procédure la sanctionne dans ce cas, au moins lorsqu'elle frappe sur les immeubles qui font l'objet du legs. Alors on pourrait dire et l'on a dit quelquefois que la clause touchant à la constitution même du droit de propriété, droit essentiellement d'ordre public, elle doit être réputée non écrite aux termes de l'art. 900 du Code civil. Nous n'avons pas à discuter ici cette question, qui sort de notre sujet. Constatons seulement que la jurisprudence qui paraît dominer ne considère ni comme impossible, ni comme contraire aux lois ou aux mœurs, la condition imposée par un testateur à sa libéralité, dans le but de rendre les immeubles par lui légués insaisissables par les créanciers du légataire; et, par conséquent, elle décide qu'une telle clause ne tombe pas sous la disposition irritante de l'art. 900 du Code civil.

Cela posé, qu'en faut-il conclure au point de vue qui nous occupe? Faut-il dire que le légataire auquel des immeubles ont été légués sous cette condition ne pourra pas les affecter hypothécairement? Non, sans doute; car s'il en était autrement, s'il devait résulter de la condition que le légataire serait désormais privé du droit d'user des immeubles à lui légués comme d'un gage propre à établir et étendre son crédit, c'est alors qu'on pourrait dire d'elle qu'elle entrave le droit de propriété dans son exercice, et qu'elle doit être réputée non écrite aux termes de l'art. 900. Mais c'est précisément parce qu'elle n'a pas cette portée qu'elle est maintenue par la jurisprudence. On décide, en effet, que si

---

(1) D'ailleurs, la solution de serait pas contestable et n'est pas contestée dans le cas où le droit acquis aux tiers n'est pas antérieur à la ratification. Voy. l'arrêt du 3 août 1859 cité à l'une des notes précédentes. Et il a été jugé que la ratification, par le mineur devenu majeur, d'une hypothèque qu'il avait consentie en minorité, est opposable aux créanciers hypothécaires postérieurs à la ratification, sans qu'il soit besoin d'une inscription nouvelle de l'hypothèque ratifiée. Rej., 25 nov. 1856 (*J. Pal.*, 1857, p. 428; S.-V., 57, 1, 117; Dall., 56, 1, 385). *Sic :* M. Larombière (*loc. cit.*, n° 56).

elle s'applique incontestablement aux biens dont le testateur avait l'entière faculté de disposer et concerne les créanciers antérieurs du légataire, elle n'atteint pas du moins les personnes qui, plus tard, auraient traité avec le légataire en considération des biens par lui recueillis en vertu du testament. Ainsi, les créanciers du légataire, si leur titre est antérieur au testament dans lequel les immeubles lui ont été légués sous condition d'insaisissabilité, ne pourront pas, même en vertu d'une condamnation qu'ils auraient obtenue, prendre une inscription hypothécaire; et cela a été expressément jugé par la Cour de cassation (1). Mais la clause d'insaisissabilité ne ferait pas obstacle à ce que les tiers qui traiteraient plus tard avec le légataire obtinssent de lui une hypothèque conventionnelle, ou inscrivissent, sur les immeubles ainsi légués, l'hypothèque judiciaire résultant d'une condamnation qu'ils auraient fait prononcer contre lui.

618. Nous passons à la seconde classe d'incapacités, aux incapacités qui prennent le caractère de l'indignité ou de la déchéance. En première ligne viennent les condamnés frappés de peines afflictives et infamantes.

D'après le Code pénal de 1810, celles de ces peines qui étaient perpétuelles emportaient mort civile. Cet effet de la condamnation ne se produit plus aujourd'hui, car la mort civile a été abolie par la loi du 2-31 mai 1854, qui met à la place de la mort civile, comme conséquence des condamnations à des peines afflictives perpétuelles, la dégradation civique et l'interdiction légale établies par les art. 28, 29 et 31 du Code pénal (loi du 2-31 mai 1854, art. 3). Il n'y a donc plus à se demander si le condamné frappé de mort civile peut conférer hypothèque sur les immeubles par lui acquis depuis sa condamnation. Mais la question reste toujours de savoir si les hypothèques qui ont pu, dans le passé, être conférées par ces condamnés ont été valablement constituées, et si, par suite, elles seraient opposables en vertu de l'article 5 de la même loi, qui, en faisant « cesser les effets de la mort civile, pour l'avenir, à l'égard des condamnés actuellement morts civilement », déclare expressément réserver les droits acquis aux tiers. A cet égard, nous ne pensons pas que le droit des créanciers puisse être sérieusement contesté. Seul, M. Troplong a été d'avis que le condamné frappé de mort civile était incapable de conférer hypothèque, « en ce que l'hypothèque ne pouvant être établie que par une convention revêtue de formes solennelles et du droit *civil,* il aurait répugné à la raison que celui qui était considéré par la loi comme mort civilement et retranché de la société *civile* pût lui demander le secours de ses solennités. » (2). Mais l'opinion générale des auteurs était fixée en sens contraire (3), et très-justement à notre avis. La mort civile, en effet,

(1) Req., 10 mars 1852 (Dall., 52, 1, 111; *J. Pal.,* 1852, t. II, p. 41). Voy. *suprà,* n° 355.
(2) Voy. M. Troplong (n° 463 *ter*).
(3) Voy. MM. Merlin (v° Mort civ., § 1, art. 1); Duranton (t. XIX, n° 343, à la

n'emportait pas privation absolue de *tous* les droits civils; notamment elle n'atteignait pas ceux dont l'exercice était nécessaire à la conservation de la vie naturelle que la loi laissait au condamné, et par conséquent la faculté de travailler, d'acheter, de vendre, d'emprunter, d'être contraint en justice, de contraindre à son tour (1). Par cela même, il fallait bien reconnaître au condamné frappé de mort civile la faculté de constituer hypothèque sur ses biens, comme une conséquence naturelle et nécessaire du droit d'emprunter, de même qu'on lui reconnaissait la faculté de transcrire comme une conséquence forcée du droit de vendre et d'acheter.

619. Mais ce que nous disons du condamné qui avant la loi du 2-31 mai 1854 était frappé de mort civile, on ne pourrait pas le dire aujourd'hui du condamné atteint des peines auxquelles la mort civile était accessoirement attachée. La loi nouvelle dit, en effet, par son art. 2, que les condamnations à des peines afflictives perpétuelles emportent la dégradation civique et l'interdiction légale établies par les art. 28, 29 et 31 du Code pénal. Or l'interdiction légale ne diffère pas, quant à ses effets, de l'interdiction judiciaire; comme nous l'avons dit plus haut, à un autre point de vue (*suprà,* n° 491), le législateur n'a pas imaginé de faire des classes ou des catégories d'interdits, ayant chacune ses priviléges et ses incapacités. Si la cause de l'interdiction diffère, le fait de l'interdiction ne pèse pas moins sur la personne et sur les biens de l'interdit, l'interdiction ayant dans l'un et l'autre cas le même résultat, celui de priver l'interdit de toute capacité civile et de le dépouiller de l'administration de ses biens. Le condamné frappé d'interdiction légale ne pourra donc pas conférer une hypothèque conventionnelle sur ses biens. — D'ailleurs, il en sera ainsi non-seulement de celui qui serait interdit par suite d'une condamnation afflictive perpétuelle, mais encore de celui dont l'interdiction serait la suite d'une condamnation aux travaux forcés à temps, à la détention ou à la réclusion (Code pénal, art. 29) : seulement, l'incapacité de celui-ci serait temporaire comme la condamnation elle-même, et cesserait à l'expiration de la peine.

620. Dans un autre ordre d'idées, nous trouvons le négociant failli, le non-négociant en état de déconfiture, ou qui a fait cession de biens, et le débiteur dont les biens sont frappés de saisie immobilière. Ces circonstances accidentelles n'entraînent pas toutes incapacité de constituer hypothèque; quelques-unes seulement produisent cet effet.

Ainsi en est-il de la faillite. L'art. 443 du Code de commerce dispose en effet que le jugement déclaratif de la faillite emporte de plein droit, à partir de sa date, *dessaisissement pour le failli de l'administration de tous ses biens,* même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite; et l'art. 446 annule même les hypothèques constituées

---

note); Marcadé (t. I, n° 175); Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. I, p. 92); Coin-Delisle (sur l'art. 25, n° 5); Taulier (t. VII, p. 252).

(1) Rapport au Tribunat par le tribun Thiessé (voy. Fenet, t. VII, p. 181 et suiv.).

depuis l'époque déterminée par le tribunal de commerce comme étant celle de la cessation de payements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque. Mais nous revenons sur ce point dans notre commentaire de l'art. 2146 (*infrà*, nos 875 et suiv.).

621. Ainsi en est-il encore de la cession de biens. Le débiteur non négociant (1) qui est dans ce cas ne peut évidemment constituer hypothèque sur les immeubles par lui abandonnés, à partir du moment où la cession a été volontairement acceptée ou admise judiciairement (C. civ., art. 1265 et suiv.).

622. Mais il en est autrement du débiteur non négociant qui est en état de déconfiture; les dispositions de la loi qui établissent l'incapacité du failli à l'effet de conférer hypothèque ne peuvent être étendues de ce cas à celui de déconfiture; la décision contraire, émanée d'un tribunal de première instance, a été justement infirmée sur l'appel (2).

623. Enfin, que faut-il dire du débiteur sur lequel a été pratiquée une saisie immobilière? Selon M. Tarrible, ce débiteur serait incapable de conférer hypothèque sur l'immeuble saisi, mais seulement à partir du jour de la dénonciation de la saisie (3). Cette opinion est généralement contredite (4); cependant elle semblerait se déduire exactement du principe même sur lequel repose la première des deux conditions auxquelles est subordonnée la capacité à l'effet d'hypothéquer. Cette première condition, on l'a vu par tout ce qui précède, c'est que le constituant soit capable d'*aliéner*, la capacité d'hypothéquer étant corrélative à celle d'aliéner. Or précisément l'art. 686 du Code de procédure, correspondant depuis la loi du 2 juin 1841 à l'ancien art. 692, sur lequel se fondait M. Tarrible, dit que « la partie saisie ne peut, à compter du jour de la transcription de la saisie, *aliéner* les immeubles saisis, à peine de nullité, et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer. » On pourrait donc conclure que, si la partie saisie ne peut *aliéner*, elle ne peut pas non plus *hypothéquer;* et, dès lors, on pourrait être porté à adopter la solution de M. Tarrible, avec cette modification toutefois qu'au lieu de faire partir, comme lui, l'incapacité du jour de la dénonciation de la saisie, ce qui était exact sous l'ancien art. 692, il faudrait la faire partir du jour de la transcription de la saisie, aux termes mêmes du nouvel art. 686. Mais nous avons fait remarquer plus haut (*suprà*, n° 353) que le vote de ce dernier article avait été précédé d'une délibération à la suite de laquelle fut supprimée une disposition du projet tendant précisément à étendre la prohibition d'aliéner à celle d'hypothéquer. La question a donc été résolue législativement, en quelque sorte, dans le sens contraire à l'opinion de

---

(1) On sait qu'aucun débiteur négociant n'était recevable, aux termes de l'art. 541 du Code de commerce modifié par la loi de 1838 sur les faillites, à demander son admission au bénéfice de cession de biens; toutefois, l'art. 541 du Code de commerce a été modifié à son tour par la loi relative aux concordats par abandon (loi des 17-23 juill. 1856).

(2) Voy. Rennes, 24 mars 1812.

(3) Voy. M. Tarrible (*Rép.*, v° Saisie immobil., § 6, art. 1, n° 14).

(4) Voy. les autorités citées plus haut, au n° 353.

M. Tarrible; et nous avons présenté (*loc. cit.*) les considérations qui justifient cette solution (1).

III. — 624. Il ne suffit pas d'être capable d'aliéner pour constituer valablement hypothèque, il faut encore être propriétaire de la chose hypothéquée. Cette seconde condition est nécessaire pour compléter la capacité d'hypothéquer. C'est de toute évidence : l'hypothèque étant un acte d'aliénation, celui qui ne serait pas propriétaire ne pourrait pas la consentir. Aussi l'idée de propriété résulte-t-elle de notre art. 2124; et elle se trouve confirmée d'une manière plus explicite dans l'article 2129, aux termes duquel il n'y a d'hypothèque valable que celle qui déclare la nature et la situation de chacun des immeubles *actuellement appartenant au débiteur* sur lesquels il consent hypothèque.

A la vérité, on a équivoqué sur ces mots, *actuellement appartenant au débiteur,* employés dans ce dernier article; on a dit qu'ils n'y sont pas placés comme établissant une condition expresse de la validité de la stipulation d'hypothèque; qu'ils supposent bien que les immeubles appartiennent au débiteur, mais que supposer n'est pas disposer (2). Mais l'équivoque n'est pas possible. Sans anticiper sur le commentaire de cet art. 2129, disons que les expressions dont il se sert ne peuvent laisser aucun doute sur la pensée du législateur. Ces expressions, d'ailleurs, fussent-elles insuffisantes, il n'en faudrait pas moins poser comme une nécessité résultant de la nature même des choses la condition de propriété comme l'un des éléments essentiels de la capacité à l'effet de constituer hypothèque.

625. Ceci posé, la première conséquence qui se présente à déduire, c'est la nullité de l'hypothèque constituée sur la chose d'autrui. Dans les principes du droit romain, il y avait sous ce rapport, entre l'hypothèque et la vente, une différence qui n'existe plus dans les principes du Code civil. Tandis que la vente produisait seulement une obligation personnelle, qui était celle de procurer à l'acheteur la libre possession de la chose, l'hypothèque créait un droit réel qui affectait la chose elle-même et permettait de la suivre entre les mains de tout détenteur, d'où suivait que, tandis que la vente de la chose d'autrui était valable à Rome, en ce que rien n'empêchait de contracter une obligation *personnelle,* même relativement à une chose dont on n'était pas propriétaire, l'hypothèque de la chose d'autrui, au contraire, était nulle, en ce qu'il n'était pas possible de conférer sur une chose dont on n'avait pas la propriété ce droit réel sans lequel l'hypothèque n'eût été rien. Mais aujourd'hui la vente est translative par elle-même, d'après le Code civil; du vendeur à l'acquéreur, elle produit, non pas, comme on le dit souvent, l'obligation seulement de transférer la propriété, mais, comme l'explique Marcadé (sur l'art. 1599, n° 1), la translation même, la translation directe de la propriété; et la loi récente du 23 mars 1855 sur la transcription n'y fait pas obstacle, en ce qu'elle n'empêche pas

(1) Comme nous l'avons dit au n° 353, M. Taulier est le seul auteur qui, même depuis le vote de la loi de 1841, reproduit l'opinion de M. Tarrible.

(2) Voy. M. Merlin (*Quest.*, v° Hyp., § 4 *bis*, n° 6).

que la vente ne produise son effet entre le vendeur et l'acheteur, nonobstant le défaut de transcription, et ne soit opposable même aux tiers, si ce n'est à ceux qui ont des droits sur l'immeuble, et qui les ont conservés en se conformant aux lois (art. 3). Il ne peut donc y avoir, sous le rapport qui nous occupe, aucune différence entre l'hypothèque et la vente de la chose d'autrui; la nullité prononcée contre celle-ci par l'art. 1599 du Code civil s'étend nécessairement à celle-là, par la raison toute simple qu'elles sont également *actes d'aliénation*, et que de tels actes ne peuvent émaner avec efficacité que du propriétaire. Ceci, d'ailleurs, n'est pas et ne peut pas être contesté.

626. Mais la constitution d'hypothèque sur la chose d'autrui est-elle nulle également lorsqu'on se porte fort pour le propriétaire? La question a été soumise à la Cour d'Orléans, qui l'a fort exactement résolue par la négative.

Dans l'espèce, une somme avait été empruntée par la dame C... tant en son nom qu'au nom de G..., son père, pour lequel elle s'était portée fort, s'obligeant à faire ratifier l'acte à la première réquisition de D..., prêteur; et, par le même acte, la dame C..., toujours en son nom et au nom de G..., son père, avait hypothéqué divers immeubles indivis entre elle et ce dernier à la sûreté du remboursement. G... décéda sans avoir fait la ratification promise, laissant sa fille pour unique héritière. Plus tard, elle souscrivit un autre emprunt et conféra hypothèque à M..., prêteur, encore sur les immeubles précédemment indivis; d'ailleurs, elle déclarait que ces immeubles étaient déjà hypothéqués pour une somme déterminée, dans laquelle se trouvait comprise celle qu'elle avait empruntée à D... tant en son nom qu'en celui de son père. En cet état, une partie des immeubles fut vendue, et un ordre s'étant ouvert pour la distribution du prix, M... y fut préféré à D... pour la part afférente, dans le prix, à la moitié indivise qui avait appartenu à G... et qui avait été hypothéquée en son nom par la dame C..., sa fille. Le tribunal pensa que l'acte souscrit avec D... était insuffisant, *au moment où il avait été passé*, pour conférer à celui-ci une hypothèque valable *du chef de la dame C...* sur des biens qui alors appartenaient à G..., son père. Il considéra bien comme équivalent à la ratification due par l'héritière de G... la déclaration contenue dans l'acte fait avec M..., et par laquelle la dame C... annonçait que les immeubles grevés d'hypothèque en faveur de M... étaient déjà hypothéqués pour une certaine somme, en ce que la somme due à D... se trouvait comprise dans celle qui était déclarée. Mais il pensa que l'inscription de l'hypothèque de D... aurait dû être prise en vertu tout à la fois de cet acte de ratification et de l'acte primitif. Et comme il n'existait aucune inscription faite dans ces termes, le tribunal crut devoir attribuer à M..., préférablement à D..., la part du prix afférente à la moitié indivise ayant appartenu au père de la débitrice.

Toutefois la collocation a été réformée en appel; et cela devait être. En droit, il est très-certain, comme l'a exprimé la Cour d'Orléans, qu'on peut se porter fort pour autrui en promettant le fait de celui-ci

(C. civ., art. 1120). A la vérité, un pareil contrat n'oblige celui pour lequel on s'est porté fort qu'après qu'il a été ratifié expressément ou tacitement; mais cette ratification, lorsqu'elle intervient, remonte au jour de l'acte ratifié, dont elle assure désormais les effets comme si celui qui ratifie eût comparu et s'y fût obligé en personne ou par un mandataire spécial, sans préjudice néanmoins des droits des tiers. La Cour d'Orléans a donc décidé très-exactement, dans l'espèce, que les termes de l'acte d'emprunt fait à D... repoussaient l'induction tirée par les premiers juges, à savoir que la dame C... aurait hypothéqué *de son chef* des immeubles appartenant alors à G..., son père; qu'il résultait des termes de cet acte, sainement entendus, que la dation d'hypothèque, quant à la moitié indivise appartenant à G... père, avait eu lieu au nom et du chef de celui-ci; qu'elle devait dès lors produire les mêmes effets que s'il l'avait consentie lui-même, pourvu que la ratification en eût été faite depuis, et sauf les droits acquis à des tiers (1).

Tout ceci, nous le répétons, est d'une exactitude parfaite; et de ces motifs mêmes se déduit la solution de notre question, à savoir qu'en réalité et en droit ce n'est pas hypothéquer la chose d'autrui que conférer une hypothèque sur des immeubles appartenant à un tiers pour lequel on se porte fort; en sorte qu'intervenant la ratification de ce tiers, l'hypothèque est valablement constituée, et remonte rétroactivement, si d'ailleurs elle a été inscrite, à la date de l'inscription qui l'a vivifiée (2).

627. Mais la ratification serait-elle suppléée par cette circonstance que le débiteur serait devenu ultérieurement propriétaire de l'immeuble qu'il avait primitivement hypothéqué au nom du propriétaire pour lequel il s'était porté fort? Ou, en généralisant, la constitution d'hypothèque sur la chose d'autrui est-elle validée si la propriété vient se fixer ultérieurement sur la tête du constituant, soit qu'il l'ait acquise, soit qu'il ait succédé au propriétaire, à titre universel?

Il y a là-dessus, en doctrine et en jurisprudence, un dissentiment plus ou moins profond, suivant que la nullité de l'hypothèque est opposée par le débiteur qui l'a constituée, ou par des tiers auxquels ont été conférés des droits réels sur l'immeuble ainsi hypothéqué par anticipation.

Quant au débiteur lui-même, dit-on dans un sens absolu, il ne peut pas se prévaloir de la nullité : l'hypothèque, nulle à l'origine, a été validée par une sorte de ratification tacite, par la *reconciliatio pignoris*, suivant l'expression du droit romain; ratification qui agit au moment même où le débiteur devient propriétaire, et qui fait rétroagir son obligation hypothécaire jusqu'au jour où il l'a contractée. Cette ratification, ajoute-t-on, est même forcée, puisqu'il est impossible au débiteur devenu plus tard propriétaire de contester son propre engagement sans

(1) Voy. Orléans, 13 nov. 1852 (*J. Pal.*, 1853, t. I, p. 353).
(2) Voy. Req., 3 août 1859 (arrêt cité sous le n° 616). — La solution a été nettement consacrée par un arrêt encore inédit de la chambre civile en date du 13 décembre 1875. — Voy. cependant MM. Aubry et Rau (4e édit., t. III, p. 262, note 6).

reconnaître, par cela même, qu'il a agi frauduleusement et qu'il est coupable de stellionat. Tel est l'avis de MM. Merlin et Troplong, qui l'appuient particulièrement sur les traditions de la jurisprudence romaine (1). Il existe en ce sens plusieurs arrêts (2), auxquels on pourrait ajouter celui de la Cour d'Orléans que nous citions tout à l'heure; car on y voit que la Cour semble n'avoir cherché la ratification dans un fait positif que surabondamment et « en supposant que cette ratification ne se *fût pas opérée virtuellement par la consolidation des biens hypothéqués en la personne de la dame C...* », héritière de son père, pour lequel elle s'était portée fort.

Quant aux tiers auxquels des droits auraient été conférés sur l'immeuble hypothéqué, les auteurs cités n'y ont pas vu plus de difficulté; ils s'arment contre ces tiers de l'adage *Confirmato jure dantis, confirmatur jus accipientis*, et leur contestent, sur l'autorité de cet adage, le droit d'opposer la nullité de l'hypothèque. Ainsi, le tiers est-il un acquéreur auquel le débiteur aurait, après son acquisition, vendu l'immeuble par lui hypothéqué avant qu'il en fût propriétaire, on lui dit qu'il représente son vendeur, qu'il ne tient ses droits que de lui, et que d'ailleurs il n'a pu être trompé en achetant, l'état des inscriptions ayant dû lui faire connaître l'existence de l'hypothèque dont l'immeuble était grevé du chef de son vendeur. Le tiers est-il un créancier hypothécaire, on lui oppose également qu'il tient ses droits de son débiteur, qu'on peut donc faire valoir contre lui tous les moyens qui auraient été opposables à ce dernier, et qu'en définitive il n'a pas pu non plus être trompé, puisque, pour lui aussi, l'état des inscriptions existant sur l'immeuble portait un avertissement suffisant (3). Toutefois la jurisprudence est ici moins absolue; et plusieurs des arrêts qui tiennent l'hypothèque pour validée vis-à-vis du débiteur lui-même devenu propriétaire, jugent expressément qu'elle reste nulle, nonobstant l'acquisition, vis-à-vis des tiers qui ont des droits réels sur l'immeuble hypothéqué par anticipation (4).

628. Nous pensons qu'il faut aller plus loin; et, d'accord avec la majorité des auteurs et avec la jurisprudence qui tend à prévaloir (5), nous disons qu'en thèse absolue l'hypothèque de la chose d'autrui, nulle dans son principe et dans sa constitution, reste nulle, et radicalement nulle, quelles que soient les circonstances ultérieures qui amènent la propriété de l'immeuble hypothéqué entre les mains du débiteur qui l'avait indûment grevé d'hypothèque quand il n'en était pas encore propriétaire, et que la nullité de l'hypothèque peut être opposée soit

(1) Voy. MM. Merlin (*Quest. de droit*, v° Hyp., § 4 *bis*); Troplong (n°s 521 et suiv.).

(2) Bordeaux, 21 déc. 1832; Metz, 20 avr. 1836; Bruxelles, 10 août 1840; Nancy, 30 mai 1843 (S.-V., 33, 2, 205; 38, 2, 167; 43, 2, 547).

(3) Voy. MM. Merlin (*loc. cit.*); Troplong (n°s 522, 523, 524 *bis* et *ter*).

(4) Voy. notamment l'arrêt cité de la Cour de Nancy du 30 mai 1843.

(5) Voy. Req., 12 juin 1807; Bruxelles, 11 juin 1817; Bordeaux, 24 janv. 1833; Dijon, 25 avr. 1855 (Dall., 33, 2, 153; 55, 2, 218; *J. Pal.*, 1855, t. II, p. 128; S.-V., 55, 2, 403). Voy. aussi MM. Grenier (t. I, n° 51); Dalloz (*Rép.*, v° Hyp., p. 189, n°s 1 et 2); Duranton (t. XIX, n° 367); Zachariæ (t. II, p. 136); Martou (n° 1002); Aubry et Rau (t. II, p. 714; 4e édit., t. III, p. 261).

par les tiers qui ont des droits réels sur l'immeuble, soit par le débiteur lui-même duquel émane l'affectation.

Ceci est de toute évidence d'abord, et ne saurait être contesté quand le tiers qui oppose la nullité de l'hypothèque tient son droit réel du propriétaire originaire, et l'a conservé par une inscription prise avant que l'immeuble fût devenu la propriété de celui qui l'avait hypothéqué par anticipation. Ainsi, Pierre, propriétaire d'une maison à Versailles, y confère une hypothèque à Joseph, qui prend inscription en 1870; mais, dès l'année 1868, Paul, fils de Pierre et son héritier présomptif, avait constitué une hypothèque sur cette même maison en faveur de Jacques, qui aussitôt avait pris inscription. Pierre meurt en 1871, et son fils Paul, qui lui succède, recueille la maison hypothéquée de son chef à Jacques dès l'année 1868, et du chef de son père, seul propriétaire alors, en 1870 seulement, en faveur de Joseph. Il est évident que, dans ce cas, celui-ci pourra opposer à Jacques la nullité de son hypothèque. Et ici l'idée d'une ratification virtuelle résultant de la consolidation n'aurait pas même à se produire ou se produirait inutilement. En effet, même en supposant que Jacques pût dire, ce que nous n'admettons pas, que l'acquisition de la maison de Versailles par son débiteur a opéré une ratification tacite de l'hypothèque consentie par celui-ci, laquelle ratification est remontée rétroactivement jusqu'en 1868, date de la constitution de l'hypothèque, Joseph opposerait victorieusement l'art. 1338 du Code civil, d'après lequel la ratification ne peut agir que *sous la réserve du droit des tiers*. Elle ne saurait donc lui être opposée, car son droit est constaté par une inscription prise à une époque où son débiteur, seul propriétaire de l'immeuble hypothécairement affecté à la sûreté de sa créance, avait seul pu grever cet immeuble valablement et utilement. Il y a ici un *droit acquis* certain, sérieux, que rien ne menace, et qui, bien différent en cela de celui dont nous parlons ci-dessus au n° 616, peut s'armer de la réserve contenue dans l'article 1338 et l'opposer à celui qui se retrancherait derrière cette idée de ratification.

629. Passons maintenant à une autre hypothèse. La maison que Pierre possédait à Versailles a été hypothéquée, en 1868, par Paul son fils, à la sûreté de sa propre dette vis-à-vis de Jacques, qui a pris inscription immédiatement. En 1871, Paul recueille la succession de son père, dans laquelle se trouve la maison de Versailles; puis devenu propriétaire de cette maison, il la vend à Joseph, qui en paye le prix; ou bien encore, au lieu de la vendre, il la grève d'une hypothèque en faveur de Joseph qui s'inscrit en 1872. Ici le droit réel de Joseph ne procède pas du propriétaire originaire, comme dans l'hypothèse précédente; il procède directement de celui-là même qui, avant d'être propriétaire, avait conféré hypothèque à Jacques. Il n'a donc pas les mêmes moyens pour faire prévaloir son droit, si ce droit est contesté. S'ensuit-il qu'il n'en a pas d'autres? Non assurément : il en a d'autres, et non moins péremptoires. Ces moyens découlent de l'art. 2129, qui, d'une part, exprime « qu'il n'y a d'hypothèque conventionnelle *valable* que celle

qui est donnée sur des immeubles *actuellement appartenant au débiteur* », et qui, d'une autre part, ajoute « que les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués. » Jacques aura beau se prévaloir de l'adage *Confirmato jure dantis, confirmatur jus accipientis;* il aura beau mettre en avant l'idée que Joseph tient ses droits de Paul, et qu'on peut lui opposer, dès lors, tous les moyens qui seraient opposables à Paul lui-même; il aura beau prétendre que l'état des inscriptions a donné à Joseph un avertissement suffisant en lui faisant connaître l'existence de l'hypothèque qui grevait l'immeuble du chef de Paul : tout cela serait à côté de la question. Qu'importe, en effet, que Joseph ait connu l'existence d'une hypothèque inscrite au profit de Jacques? Est-ce que cette connaissance que Joseph aurait eue validerait l'hypothèque, si l'hypothèque était nulle dans son principe? Or elle était nulle, car elle portait sur la chose d'autrui; et c'est précisément parce que l'état des inscriptions révélait cette situation à Joseph, c'est parce qu'en lui faisant connaître l'existence de l'hypothèque il lui en signalait en même temps la nullité, que celui-ci a pu, sans imprudence et en toute sécurité, traiter avec Paul devenu propriétaire de l'immeuble. Q'importe ensuite l'adage *Confirmato jure dantis, confirmatur jus accipientis?* et l'idée que Joseph ici est aux droits de Paul et doit être repoussé par les mêmes moyens? A cela, Joseph pourrait répondre d'abord, avec la Cour de Nancy, que les qualités *d'ayants cause* et de *tiers* se cumulent quelquefois et permettent, soit à un créancier, soit à un acquéreur, d'exercer des droits distincts de ceux de leur auteur, comme, par exemple, lorsqu'il s'agit d'écarter une contre-lettre ou un acte sans date certaine; qu'il doit en être de même toutes les fois que les créanciers du même débiteur ont à discuter entre eux dans un ordre la validité ou la nullité des hypothèques qu'ils ont acquises sur lui dans des circonstances et à des époques différentes, qu'ils agissent comme *tiers* en ce cas, puisque pour établir leurs contredits ils n'ont pas besoin de s'étayer exclusivement des droits à eux transmis par leur débiteur; qu'au contraire, ils tirent leurs arguments de la loi, des prohibitions qu'elle a faites et des nullités qu'elle a prononcées; et que la question d'ayants cause ainsi écartée, on comprend à merveille des créanciers excipant, à propos d'une hypothèque consentie par leur débiteur, d'un moyen de nullité que celui-ci ne pourrait pas opposer (1).

630. Mais ensuite, et en laissant complétement à l'écart cette donnée, en supposant que le créancier soit aux droits de son débiteur, et, par suite, qu'on puisse faire valoir contre le premier tous les droits dont on pourrait exciper vis-à-vis du second, est-il donc vrai que l'hypothèque de la chose d'autrui soit valable même vis-à-vis du débiteur qui l'a consentie, ou que du moins vis-à-vis de ce débiteur l'hypothèque, nulle dans le principe, soit validée *ex post-facto* s'il devient ultérieurement propriétaire de l'immeuble par lui hypothéqué? C'est le dernier aspect de la question; et ici encore il n'y a pas à hésiter. L'hypothèque

---

(1) Voy. l'arrêt de Nancy, du 30 mai 1843, déjà cité.

a été consentie contre les prescriptions formelles de la loi, qui n'admet d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui est donnée sur des immeubles actuellement appartenant au débiteur ; elle a été conférée contrairement à une prohibition expresse de la loi, car la loi défend d'hypothéquer les biens à venir. Elle est donc frappée dans son principe d'une nullité absolue, d'une nullité irréparable, quels que soient les événements ultérieurs.

Vainement direz-vous que le débiteur qui a constitué une telle hypothèque ne peut pas être admis à tirer avantage de sa propre infraction, et à se prévaloir de la fraude qu'il a commise. Qu'il ne le puisse pas ou qu'il ne le doive pas en morale, nous l'admettons. Mais enfin, s'il n'est pas retenu par ce cri de la conscience auquel l'honnête homme sent le besoin de céder, s'il passe outre, et si, en se rattachant à la loi positive, il oppose la nullité de l'hypothèque qu'il a conférée sur une chose qui n'était pas sienne au moment de la constitution, comment les juges hésiteraient-ils à prononcer cette nullité? Si un débiteur constituait une hypothèque conventionnelle sur la généralité de ses biens, est-ce qu'il n'agirait pas aussi contre la conscience en en demandant la nullité par le motif qu'il n'y a d'hypothèque conventionnelle qu'autant qu'elle est *spéciale?* Cela ferait-il que la nullité ne dût pas être prononcée? Non, sans doute. Il n'en peut pas être autrement dans le cas où la nullité proposée par le débiteur est fondée sur ce que l'hypothèque a été constituée à l'origine sur la chose d'autrui. Que font à cela les traditions de la jurisprudence romaine? L'équité prétorienne, sinon le droit civil, tenait, nous le savons, que le débiteur qui avait agi frauduleusement en hypothéquant la chose d'autrui ne pouvait pas exciper de sa fraude et s'en prévaloir lorsque la chose était ensuite devenue sienne; et il était admis que le créancier, si d'ailleurs il avait été de bonne foi en ce qu'il aurait ignoré que la chose appartînt à autrui, pouvait opposer l'hypothèque au débiteur devenu propriétaire, et même à tous les tiers auxquels celui-ci avait pu conférer des droits réels. Mais prenons-y garde! D'une part, l'équité prétorienne n'est plus de mise, en matière hypothécaire, sous le Code civil : l'hypothèque n'existe que dans des termes et à des conditions établies par la loi elle-même et qui sont de droit strict (*suprà*, n° 322). D'une autre part, l'hypothèque des biens à venir était permise dans le droit romain; or cela étant donné, la décision du préteur qui voyait dans l'acquisition par le débiteur d'une chose par lui hypothéquée avant qu'elle fût sienne un fait susceptible de valider l'hypothèque ainsi conférée par anticipation, avait, dans ce principe même, une explication qu'elle n'aurait plus aujourd'hui sous notre Code, par lequel l'hypothèque des biens à venir a été expressément prohibée.

Nous le répétons donc, nulle dans son principe, l'hypothèque de la chose d'autrui reste nulle vis-à-vis de tous, quels que soient les événements ultérieurs. C'est un contrat auquel la matière a manqué, car le constituant n'avait aucun droit à la chose dont il a disposé ; le contrat est donc comme non avenu, et, quoi qu'il arrive, il reste affecté d'une

nullité radicale, irréparable, et dont, par conséquent, pourront se prévaloir tous ceux à qui le contrat serait opposé.

631. De l'hypothèque consentie sur la chose d'autrui à l'hypothèque conférée par le propriétaire apparent, la transition est toute naturelle; on pourrait dire même que le problème n'est pas différent : car l'hypothèque portant sur un immeuble dont le constituant n'est que propriétaire apparent est dans la réalité une hypothèque constituée sur la chose d'autrui. Voici cependant une espèce dans laquelle une telle hypothèque a été validée par la Cour suprême dans un arrêt portant cassation.

Le sieur Fayole de Mellet, émigré, voulant soustraire à la confiscation la terre de Neuvic dont il était propriétaire, en consentit la vente aux époux Froidefond-Duchâtenet moyennant 240 000 francs, dont 200 000 étaient reconnus payés comptant. Mais une contre-lettre du 2 janvier 1792 constatait que cette vente n'avait rien de sérieux, et en même temps donnait mandat aux époux Froidefond de faire tout ce qui serait en leur pouvoir pour conserver la fortune du sieur Fayole. Les précautions prises par celui-ci furent inutiles; la terre de Neuvic vint, en effet, à être frappée du séquestre national, et malgré les réclamations de Froidefond, un arrêt de l'administration maintint le séquestre, en déclarant que la vente prétendue n'avait été qu'un contrat d'antichrèse; l'arrêté ajoutait néanmoins que Froidefond restait créancier de l'État pour les 200 000 francs qu'il était censé avoir payés comptant. — A quelque temps de là, la terre de Montrem ayant été confisquée sur un autre émigré, Froidefond s'en rendit adjudicataire pour le prix de 322 000 francs, en payement duquel il fit admettre jusqu'à concurrence sa créance nationale de 200 000 francs. Les choses étaient en cet état, lorsqu'en 1824 l'héritière de Fayole de Mellet, ou plutôt le sieur Gas, cessionnaire de cette héritière, prétendit que de la contre-lettre du 2 janvier 1792 (laquelle fut enregistrée alors seulement) et du mandat y contenu résultait que l'adjudication prononcée au profit de Froidefond devait, jusqu'à concurrence des 200 000 francs, être réputée faite pour le compte et dans l'intérêt de Fayole. Et en effet, il intervint un arrêt, le 29 juillet 1829, par lequel il fut ordonné que la terre de Montrem serait partagée entre Froidefond et l'héritière de Fayole, ou le sieur Gas, cessionnaire de celle-ci, dans la proportion existant entre les 322 000 francs, prix de l'adjudication, et les 200 000 francs montant de la créance fictive de Froidefond. Le partage eut lieu d'après ces bases.

Ce fut alors que divers créanciers de Froidefond, auxquels celui-ci avait conféré sur la terre de Montrem des hypothèques inscrites longtemps avant que la contre-lettre fût connue, firent procéder à la saisie des immeubles. La saisie fut bientôt suivie d'une demande, par le sieur Gas, en distraction de la portion à lui attribuée en vertu de l'arrêt de 1829. Les saisissants soutinrent en vain que l'acte qui avait servi de base à l'arrêt de 1829, étant une contre-lettre, ne pouvait être opposé aux tiers, qui avaient traité avec Froidefond sous la foi d'une ad-

judication publique formant son titre de propriété : la prétention élevée par le sieur Gas n'en fut pas moins accueillie par un arrêt de la Cour de Bordeaux en date du 12 août 1833, sur ce motif principalement « que Froidefond était constitué mandataire par la contre-lettre de 1792 ; que par conséquent l'acquisition de la terre de Montrem était censée faite pour le compte et par l'ordre du mandant, jusqu'à concurrence des 200 000 francs qui représentaient son droit de propriété sur la terre de Neuvic ; et que Froidefond n'avait pu transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en avait lui-même. » Les hypothèques dont excipaient les créanciers saisissants se trouvaient ainsi annulées.

Mais sur le pourvoi dont il a été l'objet, l'arrêt de la Cour de Bordeaux a été cassé (1). Et il faut dire que les créanciers se présentaient dans des circonstances essentiellement favorables. D'une part, le débiteur avec lequel ils avaient traité possédait l'immeuble hypothéqué en vertu d'un acte public de vente ; d'un autre côté, le propriétaire réel ne puisait son droit que dans une contre-lettre, titre toujours dépourvu d'effet à l'égard des tiers (C. civ., art. 1321). Dans cette situation, on comprend que la Cour de cassation ait pu regarder le droit des créanciers comme préférable à celui du propriétaire réel ou de ses ayants droit.

Néanmoins, nous ne voudrions pas dire qu'elle a été déterminée ici par les circonstances de la cause. Nous croyons plutôt qu'elle s'est inspirée en ceci de sa jurisprudence sur la grave question de savoir si, lorsque des immeubles ont été *aliénés* par celui qui n'en était que propriétaire apparent, le propriétaire réel, ses héritiers ou ayants cause peuvent, en se représentant avant la prescription accomplie, agir contre l'acquéreur pour revendiquer les biens. La Cour s'est prononcée constamment pour la négative sur cette question si gravement controversée en doctrine et en jurisprudence (2) ; et c'est sans doute en partant de cette jurisprudence qui tient pour valables, à l'égard des tiers de bonne foi, les ventes consenties par le propriétaire ou l'héritier apparent, qu'elle a été amenée ici à considérer comme valables également les hypothèques ayant la même origine. Du reste, ce n'est pas l'induction qu'on pourrait critiquer : l'hypothèque n'étant pas autre chose qu'une aliénation, la question est pour elle ce qu'elle est pour la vente, et doit se résoudre par les mêmes principes.

Mais est-elle exactement résolue par la jurisprudence de la Cour de cassation ? Nous ne le pensons pas. Nous tenons avec Marcadé, dont l'opinion a aussi de très-nombreux appuis en doctrine et en jurispru-

---

(1) Voy. Cass., 30 mars 1836 (S.-V., 36, 1, 506 ; Dall., 38, 1, 75 ; *J. Pal.*, à sa date). — *Junge* : Paris, 8 juill. 1833 (Dall., 34, 2, 98 ; S.-V., 33, 2, 445 ; *J. Pal.*, à sa date).

(2) Voy. l'arrêt du 3 août 1815 et les trois arrêts du 16 janvier 1843 (S.-V., 43, 1, 97 et suiv. ; Dall., 43, 1, 49 et suiv.). — *Junge* : Montpellier, 18 janv. 1827 et 11 janv. 1830 ; Toulouse, 5 mars 1833 et 21 déc. 1839 ; Rouen, 25 mars 1839 ; Aix, 23 déc. 1843 ; Paris, 29 janv. 1848, et aussi 12 avr. 1823. — Voy. encore MM. Merlin (*Quest.*, v° Hérit., § 3) ; Chabot (art. 756, n° 13) ; Duvergier (*De la Vente*, t. I, n° 225) ; Malpel (n°s 210 et suiv.) ; Poujol (art. 756, n° 10) ; Demolombe (t. I, n° 252) ; Carette (S.-V., 36, 2, 293, à la note) ; Devilleneuve (43, 1, 97). — Voy. aussi les Observations de la Cour d'Angers (*Doc. hyp.*, t. III, p. 289 et suiv.).

dence (1), qu'en logique comme en droit, on ne peut transférer à autrui des droits qu'on n'a pas soi-même; que les art. 1599 et 2182 du Code civil, qui consacrent le principe, ne font en cela que proclamer des idées indiquées par le simple bon sens; que le propriétaire apparent n'est pas le propriétaire véritable; et que, la bonne foi de ceux qui ont traité avec le premier ne pouvant rien changer à cela, il faut rèconnaître au second ou à ses héritiers, quand ils se présentent avant l'accomplissement de la prescription, le droit de revendiquer ou reprendre la chose contre tous détenteurs auxquels elle a été indûment transférée. Après les observations détaillées de Marcadé sur ce point de droit (voy. t. I, n° 472), il serait hors de propos d'insister davantage; et appliquant aux constitutions d'hypothèques par le propriétaire apparent la théorie qu'il a développée à propos des actes d'aliénation, nous disons qu'elles doivent tomber, en principe, parce qu'il faut être propriétaire pour constituer une hypothèque valable, et que cette condition, l'un des éléments essentiels de la capacité, manque à celui qui n'est que propriétaire apparent.

IV. — 632. Ceux qui n'ont sur un immeuble qu'un droit d'administration ou de jouissance ne sont pas propriétaires, et dès lors on pourrait dire, au premier aperçu, que l'hypothèque par eux constituée sur l'immeuble est nulle, comme portant aussi sur la chose d'autrui. Néanmoins il n'en est pas ainsi, du moins d'une manière absolue : il y a ici d'importantes distinctions à signaler.

633. Quant à l'administration d'abord, elle peut être conventionnelle ou légale. Les mandataires, les gérants d'affaires, les gérants ou les liquidateurs de sociétés, etc., sont des administrateurs conventionnels; les maris, les tuteurs, les envoyés en possession provisoire, les héritiers bénéficiaires, etc., sont des administrateurs légaux.

Que les premiers ne puissent pas grever hypothécairement les immeubles des personnes dont ils gèrent ou administrent les affaires, c'est de toute évidence. La concession d'hypothèque est un acte de disposition et de propriété; or ces administrateurs n'ont ni la disposition ni la propriété de la chose. Ainsi, le mandataire ordinaire, eût-il une procuration générale, ne peut pas hypothéquer les immeubles de son mandant; car le mandat conçu en termes généraux ne comprend que les actes d'administration (C. civ., art. 1988); et, à moins que le mandataire n'ait reçu un pouvoir spécial et exprès à l'effet d'hypothéquer (même article), l'hypothèque qu'il aurait consentie sur les immeubles du mandant serait nulle. — Ainsi en serait-il, et par les mêmes motifs, de l'hypothèque conférée par le *negotiorum gestor* sur les biens de ce-

(1) Voy. Poitiers, 10 avr. 1832; Bordeaux, 24 déc. 1834; Orléans, 27 mai 1836; Montpellier, 9 mai 1838; Rennes, 12 août 1844; Colmar, 18 janv. 1850 (S.-V., 51, 2, 533). — Voy. aussi MM. Toullier (t. IV, n°s 286 et suiv.; t. IX, p. 541 et suiv.); Grenier (t. I, n° 51); Troplong (*De la Vente*, t. II, n° 960, et *Des Hyp.*, n° 468); Duranton (t. XIX, n° 352); Vazeille (art. 756, n° 2); Championnière (*Rev. de législ.* année 1843, t. I, p. 238).

lui dont il gérerait les affaires. — Ainsi encore de celle qu'aurait donnée sur les immeubles sociaux le liquidateur d'une société dissoute, lequel est assimilé, par la jurisprudence, au mandataire ordinaire (1). — Ainsi enfin de l'hypothèque consentie par l'administrateur même de la société, pendant qu'elle est debout, sur les immeubles en dépendant; car, comme le dit encore la jurisprudence, l'administrateur d'une société n'est lui-même qu'un mandataire, et, pour qu'il hypothèque valablement, il faut que la société lui en ait donné le pouvoir exprès, soit dans l'acte qui la constitue, soit par une décision ultérieure des associés régulièrement réunis en assemblée générale (2).

Mais autre chose est-il des administrateurs légaux. Ceux-ci ont des pouvoirs plus ou moins étendus, qui, pour quelques-uns, vont même jusqu'aux soins de la personne qu'ils représentent. Fallait-il, lorsqu'ils agissent en leur qualité d'administrateur, leur refuser aussi le droit de donner hypothèque sur les biens immeubles de ceux qu'ils représentent? Le législateur ne l'a pas pensé; ils tiennent donc de la loi le droit de grever ces biens d'hypothèques, qui (sauf l'accomplissement des formalités dans tous les cas où la loi juge à propos d'en fixer de spéciales) confèrent aux créanciers toutes les prérogatives attachées à l'hypothèque. Et l'on ne peut même pas dire qu'en cela la loi s'écarte de la règle que c'est au propriétaire seul de l'immeuble qu'il appartient de l'hypothéquer, car ces mandataires légaux sont en réalité, lorsqu'ils agissent en cette qualité, la personne même qu'ils représentent, en sorte que c'est cette personne qui est censée donner elle-même l'hypothèque par l'entremise de son représentant légal (3). Ainsi en est-il du mari par rapport à sa femme, des tuteurs par rapport aux mineurs et aux interdits, des envoyés en possession provisoire par rapport à l'absent, de l'héritier bénéficiaire par rapport à la succession, etc.

Toutefois, comme nous l'avons dit, ces mandataires légaux, s'ils ont le droit de constituer hypothèque, ne l'ont pas du moins d'une manière absolue; nous avons, dans notre titre même, le texte qui le limite par rapport aux tuteurs et aux envoyés en possession provisoire : c'est l'article 2126, auquel nous renvoyons pour indiquer la mesure et les termes dans lesquels leur droit est limité (voy. *infrà*, nos 648 et suiv.). En ce qui concerne les maris et les héritiers bénéficiaires, le droit est réglé au titre *Du Contrat de mariage* et au titre *Des Successions;* et, sans y insister ici, nous nous bornons à de simples indications.

Quant à l'héritier bénéficiaire, il est propriétaire, et, dans aucune hypothèse, l'hypothèque qu'il aurait conférée sur les immeubles de la succession ne doit être annulée, sauf, au profit des créanciers et léga-

(1) Rej., 2 juin 1836 (S.-V., 36, 1, 673; Dall., 36, 1, 380; *J. Pal.*, à sa date).

(2) Req., 21 avr. 1841 (Dall., 41, 1, 222; S.-V., 41, 1, 395; *J. Pal.*, à sa date). — *Junge:* Req., 3 mai 1853 (Dall., 53, 1, 186; S.-V., 53, 1, 618; *J. Pal.*, 1854, t. I, p. 464). — Voy. encore là-dessus notre *Traité-Commentaire des Sociétés*, n° 526, et MM. Persil (art. 2124, nos 8 et 9); Delangle (*Des Soc.*, n° 146); Troplong (*eod.*, n° 686); Marton (n° 957).

(3) Voy. Pothier (*De l'Hyp.*, n° 48).

taires de la succession, les effets de la séparation des patrimoines qui s'est opérée de plein droit au moment de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire (voy. *suprà*, n° 301).

Quant au mari, ses droits varient suivant que le mariage a été contracté en communauté ou sous le régime dotal. Est-il marié en communauté, il a une double administration, celle des biens communs et celle des biens de sa femme; la première a son principe dans la qualité de chef de la communauté, la seconde dérive de la puissance maritale. De là une différence notable dans les pouvoirs du mari suivant qu'il s'agit des immeubles communs ou des immeubles personnels à la femme : il peut hypothéquer les premiers librement, en ne prenant conseil que de lui-même, tandis qu'il ne peut hypothéquer les seconds sans le consentement de sa femme (C. civ., art. 1421 et 1428). Il est toutefois une situation particulière dans laquelle ce consentement n'est pas nécessaire au mari pour *hypothéquer*, tandis qu'il lui est nécessaire pour *aliéner :* c'est quand un immeuble de la femme n'est ameubli que pour une certaine somme (C. civ., art. 1507). C'est encore un des cas exceptionnels (annoncés plus haut, n°s 609 et 612) où la capacité d'hypothéquer n'est pas corrélative à celle d'aliéner (1). — Le mari est-il marié sous le régime dotal, son action se borne, en général, à habiliter la femme, par le consentement qu'il lui donne, et qui lui est toujours nécessaire, comme nous l'avons montré plus haut (voy. n° 611); et son action consiste en cela, soit qu'il s'agisse d'hypothéquer les immeubles paraphernaux, soit qu'il s'agisse d'hypothéquer les immeubles dotaux, dans les cas où l'hypothèque en peut être exceptionnellement autorisée (C. civ., art. 1555 et suiv.).

Sans insister davantage sur ces points, qui sont, d'ailleurs, amplement développés dans notre *Traité du Contrat de mariage,* en collaboration avec M. Rodière, nous passons au cas où le détenteur d'un immeuble n'y a qu'un droit de jouissance.

634. Nous voulons parler de l'usufruitier et du fermier ou du locataire. Et tout d'abord notons qu'il y a, au point de vue qui nous occupe, des choses acquises et qui ne peuvent pas même être mises en question. Ainsi, l'usufruit appartenant à la classe des biens immobiliers, l'usufruitier peut assurément donner ce droit en hypothèque; mais assurément aussi il ne pourrait pas grever hypothécairement la nue propriété : ce serait de sa part hypothéquer la chose d'autrui. Quant au fermier ou locataire, il a moins de droits encore. Il ne peut donner hypothèque ni sur la nue propriété ni sur son droit de jouissance : sur la nue propriété, parce qu'elle appartient à un autre ; sur son droit de jouissance, parce que, rentrant essentiellement dans la classe des biens mobiliers, ce droit n'est pas susceptible d'hypothèque. Tout cela est hors de doute, et c'est établi dans notre commentaire de l'art. 2118 (voy. *suprà*, n°s 378 et suiv., 385 et suiv.).

(1) Voy. là-dessus Req., 2 août 1859 (arrêt déjà cité sous le n° 616).

Mais voici la situation qui peut se présenter : Louis a donné sa terre à bail à Joseph, qui y a fait élever des constructions considérables; plus tard, le fermier a fait des emprunts, et il a affecté à la sûreté du remboursement les constructions qu'il avait élevées. A-t-il pu le faire, et ceux qui ont prêté à Joseph pourront-ils se prévaloir de l'hypothèque qu'ils ont obtenue?

La question a été résolue négativement d'une manière absolue par la Cour de Bruxelles dans un arrêt dont les motifs sont pleinement adoptés par M. Martou, qui les reproduit (1). La théorie de l'arrêt se résume à ceci, que, pour faire valablement la concession d'hypothèque, il faut: 1° que la chose sur laquelle ce droit est concédé soit un immeuble; 2° qu'elle soit telle dans le chef du constituant; et que s'il peut être admis que, dans l'espèce, lès bâtiments fussent immeubles au moment de la constitution d'hypothèque, il faut du moins reconnaître qu'ils étaient tels, non pas dans le chef du constructeur, mais plutôt dans le chef du propriétaire du sol, par application du principe consacré par l'art. 518 du Code civil. Mais le point de vue est essentiellement contestable. Si l'on considérait la position du locataire, constructeur des bâtiments, vis-à-vis du propriétaire du sol, peut-être pourrait-on dire que le locataire n'ayant à prétendre qu'à la valeur des matériaux, son droit est purement mobilier. Mais ce n'est pas de cela qu'il s'agit; nous ne sommes pas ici en présence du propriétaire du sol, dont le droit, d'ailleurs, ne doit s'ouvrir qu'à l'expiration du bail. Or vis-à-vis de tous autres, et jusqu'à l'expiration du bail, que sont les bâtiments et que peuvent-ils être entre les mains du constructeur? Évidemment des immeubles, si bien que la vente qu'il en fait est considérée comme immobilière pour la perception du droit d'enregistrement (2). C'est un point établi plus haut et sur lequel nous ne voulons pas revenir ici (voy. n° 359). S'ils sont immeubles entre les mains du locataire qui les a construits, c'est donc à dire que le locataire peut les donner en hypothèque, comme il peut les vendre, les céder, les échanger, etc. (3).

Maintenant s'ensuit-il que cette hypothèque sera toujours efficace entre les mains du créancier qui l'aura obtenue? Non; le droit de propriété du locataire sur la construction est résoluble, ce qui n'altère en aucune façon le caractère immobilier de ce droit (4); l'hypothèque

---

(1) Bruxelles, 31 oct. 1851. Voy. M. Martou (n° 955). *Junge:* MM. Demolombe t. IX, n° 168); Rodière (*J. Pal.*, 1860, p. 585, à la note). *Comp.* l'arrêt de la chambre des requêtes du 14 févr. 1849, cité *infrà*.

(2) Voy. les nombreux arrêts de la Cour de cassation rendus sur ce point, et notamment ceux du 15 avr. 1846 (Dall., 46, 1, 171; S.-V., 46, 1, 396).

(3) Voy. Rouen, 20 août 1859; Orléans, 19 avr. 1866 (S.-V., 59, 2, 647; *J. Pal.*, 1860, p. 585; Dall., 66, 2, 94). *Junge :* Paris, 30 mai 1864 (*J. Pal.*, 1864, p. 1155; S.-V., 64, 2, 266; Lyon, 14 août 1868; Rouen, 26 août 1871; Nîmes, 3 janv. 1872; Paris, 23 févr. et 15 juill. 1872 (S.-V., 69, 2, 115; 72, 2, 170; *J. Pal.*, 1869, p. 574; 1872, p. 772; Dall., 74, 2, 2). Voy. aussi MM. Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. II, p. 9, note 19); Aubry et Rau (4e édit., t. II, p. 440, note 16).

(4) Voy. les motifs des arrêts cités à la note précédente.

pourra donc se résoudre suivant l'événement (voy. le commentaire de l'article suivant). C'est un autre côté de la question, et l'on aperçoit que la solution, ici, ne peut être donnée d'une manière absolue.

Il y a deux situations qui peuvent se présenter : ou les constructions ont été élevées par le locataire sans le consentement du propriétaire du sol, ou elles ont été élevées avec l'assentiment de ce propriétaire et comme condition du bail.

Dans le premier cas, il faudra distinguer encore suivant que le propriétaire, usant de l'alternative que lui laisse l'art. 555 du Code civil, exigera l'enlèvement des constructions ou les retiendra. — Si les constructions sont enlevées, on examinera comment et à quel moment l'hypothèque est mise en mouvement par le créancier hypothécaire. Supposons qu'il saisisse les bâtiments et les fasse vendre quand ils sont encore debout, l'hypothèque produira son effet, et le prix sera distribué comme une chose immobilière, car les bâtiments, étant encore adhérents au sol au moment de la saisie et de la vente, ont retenu par cela même leur nature immobilière. Supposons au contraire que le créancier ne se présente qu'après la démolition, il n'y a plus d'immeuble alors, cet immeuble a péri et se trouve remplacé par des matériaux qui ont repris leur nature de meubles; et, l'hypothèque périssant avec l'immeuble, il en résulte que le prix des matériaux, s'ils sont vendus après la démolition, sera distribué par contribution entre tous les créanciers du débiteur, sans aucun égard aux hypothèques.

Au lieu d'une saisie pratiquée par le créancier hypothécaire, supposons une vente volontaire par le fermier des constructions pendant qu'elles sont adhérentes au sol : ici, le créancier hypothécaire sauvegarde son droit pourvu qu'il se présente avant que le prix soit sorti des mains de l'acquéreur, soit par le payement qu'il en aurait fait, soit par la distribution qui aurait eu lieu par voie d'ordre; dans ce cas, la vente eût-elle même été faite à charge de démolition, comme c'est un immeuble en définitive qui a été vendu, puisque nous supposons que les constructions étaient adhérentes au moment de la vente, le prix (en tant qu'il existerait encore aux mains de l'acquéreur, comme nous venons de le dire) en devrait être distribué par ordre d'hypothèque (1). Tels sont les résultats divers qui peuvent se produire dans le cas où le propriétaire du sol opte pour l'enlèvement des matériaux.

Que s'il retient les constructions au lieu de les faire enlever, l'hypothèque donnée par le locataire à son créancier est résolue comme le droit de propriété de ce locataire. Ici, en effet, le propriétaire du sol est censé avoir été toujours propriétaire des bâtiments par droit d'accession, c'est-à-dire par un droit qui est né au jour même où les constructions ont été élevées, et qui par cela même, bien qu'il pût être exercé ou ne pas l'être, remonte à ce jour même dès l'instant que celui en faveur de qui il était ouvert croit devoir en user. Quant au locataire,

---

(1) Lyon, 18 févr. 1871; Req., 13 févr. 1872 (S.-V., 71, 2, 81; 72, 1, 104; *J. Pal.*, 1871, p. 301; 1872, p. 253).

son droit, dans ce cas, se résume dans l'indemnité qui lui est due : or cette indemnité est une chose purement mobilière; c'est pourquoi l'hypothèque du créancier ne saurait s'y attacher (1).

Dans le second cas, c'est-à-dire si les constructions ont été élevées avec le consentement du propriétaire du sol ou comme une condition du bail à la charge de les laisser sur le sol avec ou sans indemnité, à l'expiration du bail, l'hypothèque donnée par le locataire serait encore inefficace entre les mains du créancier qui l'aurait obtenue. Car si les bâtiments doivent être laissés sans indemnité à l'expiration du bail, c'est le propriétaire du sol qui est réputé avoir eu toujours la propriété des bâtiments; et s'ils doivent être laissés sauf indemnité, le droit du locataire se serait résumé dans cette indemnité qui aurait été réglée d'avance. La Cour de cassation a justement décidé, dans le sens de ces solutions, que les constructions élevées par un locataire sur le terrain qui lui a été donné à bail ne peuvent être l'objet d'une saisie immobilière de la part de ses créanciers, alors surtout qu'il a été expressément convenu entre le bailleur et le preneur que ces constructions demeureraient en fin de bail la propriété du bailleur au prix d'estimation (2). Ce que la Cour dit ici de la saisie immobilière, il faut le dire également de l'hypothèque, par application des principes généraux que nous avons exposés plus haut (voy. *suprà*, n° 355).

635. La question serait moins compliquée s'il s'agissait de constructions élevées par un usufruitier. Le second paragraphe de l'art. 559 du Code civil dit que « l'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les *améliorations* qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée » : cela suppose que ces améliorations appartiennent au nu propriétaire; dès lors elles ne peuvent pas être hypothéquées utilement par l'usufruitier.

V. — 635 *bis*. A. La loi du 10 décembre 1874, qui a créé l'hypothèque maritime, formule, dans son article 3, une disposition correspondante à celle de l'art. 2124 du Code civil dont le commentaire précède. C'était, d'ailleurs, nécessaire. De même que l'hypothèque foncière, l'hypothèque maritime contient, au moins en germe, une aliénation. La loi spéciale devait donc maintenir et rappeler ce principe de droit commun que, pour constituer hypothèque, il faut être propriétaire de la chose hypothéquée. L'art. 3 dit en conséquence que « l'hypothèque sur le navire ou sur portion du navire ne pourra être constituée que par le propriétaire ou par son mandataire justifiant d'un mandat spécial. » Néanmoins cette disposition, en se référant au principe de l'art. 2124 du Code civil, précise certains points dont ce dernier article ne parle pas.

---

(1) Paris, 18 déc. 1871; Req., 27 mai 1873 (S.-V., 72, 2, 170; 73, 1, 254; *J. Pal.*, 1872, p. 772; 1873, p. 631; Dall., 73, 1, 410).

(2) Voy. Req., 14 févr. 1849 (*J. Pal.*, 1849, t. I, p. 252; S.-V., 49, 1, 261; Dall., 49, 1, 166). — *Secùs* en l'absence d'une telle convention entre le bailleur et le preneur. Rej., 7 avr. 1862 (Dall., 62, 1, 282; S.-V., 62, 1, 450; *J. Pal.*, 1862, p. 997).

B. Et d'abord, l'art. 3 prévoit un cas qui, assez rare en matière immobilière, est, au contraire, fort commun en matière maritime, le cas de copropriété conventionnelle et volontaire. La valeur que représentent les navires aujourd'hui est tellement considérable qu'un navire est rarement la propriété d'une seule personne. On l'a dit justement, en ce qui concerne cette classe de biens, « l'indivision est le régime habituel de la propriété. » L'art. 3 tient compte de cette situation; en conséquence il admet et il précise que l'hypothèque maritime peut porter soit sur la propriété entière du navire dans l'intérêt commun des copropriétaires, soit, dans un intérêt privé, sur une part indivise de la propriété. La règle qu'il faut être propriétaire pour constituer l'hypothèque est naturellement commune aux deux cas. Mais comment y doit elle être entendue et observée?

A cet égard, il n'y a pas de difficulté quant au dernier cas. Quelque minime que soit la part indivise d'un communiste dans la propriété d'un navire, il peut donner hypothèque sur cette part; il suffit qu'il en soit propriétaire. On peut se demander toutefois ce que vaudra l'hypothèque pour le créancier lorsque l'indivision viendra à cesser. Mais ce point est réglé par la loi elle-même dans une disposition spéciale sur laquelle nous aurons bientôt à nous expliquer (art. 18, § 3, *infrà,* nº 640 *bis*). Il n'y a donc pas à insister sur ce premier cas. Notons seulement, à ce propos, une exception ou une dérogation à la règle que l'art. 3 a rappelée. Elle est faite par l'art. 28 et a été la conséquence de la suppression mentionnée plus haut (nº 97, 9º), du privilége qui était accordé pour prêt à la grosse *avant le départ*. Et, en effet, aux termes de cet article, « si le bâtiment est frété du consentement des propriétaires et que quelques-uns fassent refus de contribuer aux frais nécessaires pour l'expédition, le capitaine peut, en ce cas, vingt-quatre heures après sommation faite aux refusants de fournir leur contingent, emprunter hypothécairement pour leur compte, sur leur part dans le navire, avec l'autorisation du juge. » Sur ce point, les auteurs font remarquer que c'est là une disposition particulière à notre loi. « A l'étranger, dit M. René Millet, on n'accorde qu'au propriétaire le droit d'hypothéquer sa part (même en ce cas). Ni en Angleterre, ni en Allemagne, on n'admet qu'on puisse lui forcer la main. On écrit même expressément des deux pays que le syndicat des propriétaires ne pourrait voter à la majorité le consentement d'une hypothèque : chacun a le droit d'hypothéquer ses propres actions. » (1)

Passons au cas où l'hypothèque porte sur la propriété entière du navire. Ici, une difficulté peut naître des termes mêmes de la loi. A s'en tenir au texte, il semblerait que pour être valablement constituée, l'hypothèque doit être consentie d'un commun accord *par tous les copropriétaires du navire*. Il est cependant difficile d'admettre que le mauvais vouloir ou le caprice de quelques-uns ou même d'un seul des coproprié-

(1) Voy. René Millet dans sa Communication à la Société de législation comparée (5e année, bull. nº 2, p. 110). *Junge:* M. T. Morel (*Comment.*, nº 150).

taires pût paralyser l'action de tous et rendre impossible, dans un cas avéré d'intérêt commun, le recours au moyen de crédit institué par la loi. Aussi faut-il reconnaître qu'il y a lieu, en ce cas, de combiner la règle de l'art. 3 avec les dispositions générales édictées par le Code de commerce sur la propriété des navires. Cela étant, on devra se référer à l'art. 220, dont les premiers paragraphes disposent « *qu'en tout ce qui concerne l'intérêt commun des propriétaires d'un navire,* l'avis de la majorité est suivi ; et que la majorité se détermine par une portion d'intérêt dans le navire, excédant la moitié de la valeur. »

C. En second lieu, l'art. 3 précise que l'hypothèque maritime peut être constituée par procuration ; mais il déclare en même temps que le mandataire du propriétaire devra *justifier d'un mandat spécial.* Notons que le mot *spécial* de l'art. 3 a la même signification que, dans le Code civil, le mot *exprès* de l'art. 1988, d'après lequel « s'il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, *le mandat doit être exprès.* » Ainsi une procuration générale serait insuffisante, même exprimât-elle le pouvoir de faire des actes de disposition. On va même jusqu'à dire « que par mandat *spécial* le législateur a entendu un mandat donnant *spécialement* pouvoir de consentir *des hypothèques maritimes,* de sorte que le mandat exprès autorisant le mandataire à consentir des hypothèques en général, pourrait être considéré comme n'étant pas spécial dans le sens de l'art. 3, et ne s'appliquant pas dès lors aux hypothèques sur les navires. » (1) La solution est peut-être trop absolue ; et surtout, dans le cas où un tel mandat serait donné au capitaine par l'armateur ou par les propriétaires du navire, il serait bien difficile de décider qu'il ne confère pas le pouvoir de consentir l'hypothèque maritime.

D. L'art. 3 a particulièrement en vue l'hypothèque maritime à constituer avant le départ du navire de son port d'immatricule ou de son port d'armement. Néanmoins la règle qu'il pose n'est nullement étrangère au cas réglé par l'art. 26, qui rend la constitution d'hypothèque possible en cours de voyage.

Aux termes de cet article, le propriétaire qui veut se réserver la faculté d'hypothéquer son navire en cours de voyage doit déclarer, avant le départ, au bureau du receveur des douanes du lieu où le navire est immatriculé, la somme pour laquelle il entend pouvoir user de ce droit. La déclaration est mentionnée sur le registre et sur l'acte de francisation. Les hypothèques réalisées au cours du voyage sont constatées sur ce dernier acte par le receveur des douanes du lieu de la réalisation et à l'étranger par le consul de France, ou, à défaut, par un officier public, et elles prennent rang du jour de leur inscription. L'hypothèque éventuelle ainsi autorisée par la loi constitue une forme d'emprunt qui se distingue de l'emprunt à la grosse en cours de voyage, et qui, selon l'opinion commune, n'est pas destiné à le remplacer (2). Quoi qu'il en

(1) Voy. M. T. Morel (*op. cit.*, n° 35).
(2) Voy. MM. René Millet (*op. cit.*, p. 109); T. Morel (*op. cit.*, n°s 248 et suiv.); Louis Morel (*Rev. prat.*, t. XXXIX, p. 12 et suiv.).

soit de cette hypothèque éventuelle aussi, il est vrai de dire qu'à la différence du prêt à la grosse qui reste au capitaine, elle ne peut être consentie que par le propriétaire ou en son nom. Cette hypothèque, a dit le rapporteur de la commission législative, « pourra être constituée, en quelque lieu que se trouve le navire, *par son propriétaire ou par le fondé de pouvoir spécial de celui-ci.* « C'est le rappel et l'application à ce cas de la règle établie par l'art. 3. La chose sera toute simple si le propriétaire accompagne lui-même son navire, ce qui n'est pas le cas habituel. Mais elle pourra être souvent d'une réalisation difficile dans le cas contraire, à moins qu'au départ, le propriétaire qui s'est réservé la faculté d'hypothéquer son navire en cours de voyage, ait eu le soin de munir le capitaine d'un pouvoir spécial à cet effet.

2125. — Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision.

SOMMAIRE.

I. 636. Liaison de cet article avec le précédent.

II. 637. Celui qui, sans avoir actuellement la possession d'un immeuble, y a un droit suspendu par une condition, y peut conférer une hypothèque, laquelle est conditionnelle comme le droit du constituant lui-même. — 638. Applications : un immeuble est légué à Pierre, sous condition de le rendre à Joseph si celui-ci atteint sa vingt-cinquième année : Pierre et Joseph ont l'un et l'autre le droit de consentir hypothèque; l'événement fixera celle qui doit subsister. — 639. Joseph a vendu un immeuble à Pierre sous faculté de réméré : tous deux peuvent l'hypothéquer également, sauf l'effet de la condition suspensive pour l'un et résolutoire pour l'autre. — 640. De l'hypothèque conférée par un communiste sur un immeuble commun : elle sera plus ou moins étendue, suivant que, par l'effet du partage, l'immeuble entrera pour tout ou pour partie dans le lot du constituant; elle disparaîtra s'il ne se trouve aucune portion de l'immeuble dans son lot. — 640 *bis*. Mais il y a dérogation à cette règle de l'art. 883 du Code civil par la loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime.

III. 641. Cas où le droit sur l'immeuble est résoluble ou sujet à rescision. — 642. Celui qui a le droit de se faire reconnaître propriétaire d'un immeuble au moyen d'une action en revendication, en nullité ou en rescision, peut hypothéquer cet immeuble. — 643. Seulement, l'hypothèque est subordonnée au résultat de l'action.

IV. 644. Celui qui détient l'immeuble dont le tiers peut se faire reconnaître propriétaire n'en a pas moins le droit de consentir hypothèque : exemples. — 645. Ici encore, l'hypothèque est subordonnée aux événements. — 646. Cependant la résolution n'anéantira l'hypothèque consentie par le détenteur que si elle dérive d'une cause nécessaire et inhérente au titre d'acquisition, non si elle procède d'une cause nouvelle et volontaire. Exemples en cas de résolution amiable de vente et de résolution de donation par suite de réduction. — 647. Le jugement rescisoire rendu contre le débiteur qui a conféré hypothèque n'est pas opposable au créancier hypothécaire qui n'y a pas été partie.

I. — 636. L'une des conditions constitutives de la capacité à l'effet de donner hypothèque, c'est d'être propriétaire; nous venons de l'établir dans notre commentaire de l'article précédent. Mais n'est-on propriétaire d'une chose que lorsqu'on la possède matériellement, qu'on la détient et qu'on en a la propriété certaine, incommutable ? Et faut-il nécessairement se trouver dans ce cas pour constituer valablement hypothèque ? Non assurément. Nous sommes propriétaires non-seulement

des choses qui sont dans notre domaine, mais encore de celles que nous y pouvons faire rentrer; non-seulement de celles sur lesquelles nous avons un droit de propriété reconnu, mais encore de celles auxquelles nous avons un droit de propriété que nous pouvons faire reconnaître. « Verbum illud *pertinere*, dit Pomponius, latissimè patet : nam et eis » rebus petendis aptum est, quæ dominii nostri sint, et eis, quas jure » aliquo possideamus, quamvis non sint nostri dominii : pertinere ad » nos etiam ea dicimus, quæ in nulla eorum causa sint, sed esse pos- » sint. » (L. 181, ff. *De verb. signif.*) Ulpien dit pareillement : « Id » apud se quis *habere* videtur, de quo habet actionem : habetur enim, » quod peti potest. » (L. 143, eod. tit.) Ainsi, celui qui au moyen d'une action en revendication, en nullité ou en rescision, peut être reconnu et déclaré propriétaire d'un immeuble, ou qui a sur cet immeuble un droit suspendu par une condition, est bien propriétaire dès à présent, en ce sens que si l'action est exercée avec succès ou si la condition s'accomplit, le jugement ou l'événement de la condition n'aura fait que *déclarer* un droit préexistant en sa faveur et ne l'aura pas *créé*. Il est donc vrai de dire qu'il est propriétaire même avant le jugement ou l'événement de la condition, en sorte que si, en outre, il a la capacité d'*aliéner,* rien ne peut faire obstacle à ce qu'il constitue valablement hypothèque sur l'immeuble, même quand son droit à cet immeuble est litigieux ou conditionnel. La chose est de celles que la loi déclare susceptibles d'hypothèque (voy. *suprà,* n° 396); le constituant réunit en lui les deux conditions auxquelles est subordonnée la capacité d'hypothéquer (voy. *suprà,* n°s 609 et suiv.) : comment donc la constitution d'hypothèque pourrait-elle n'être pas valable ?

Mais de ce que la capacité du constituant est pleine et entière, s'ensuit-il que la constitution qu'il aura faite donnera à son créancier un droit fixe, certain, incommutable ? Non, car il répugnerait à la raison que le constituant pût transmettre des droits plus étendus que ceux qu'il a lui-même : aussi notre article dit-il (et c'est par là qu'il se lie à celui qui précède) que celui qui n'a sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peut consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision.

Nous avons à étudier cette disposition de la loi dans les diverses hypothèses qui y sont prévues, et à suivre les applications du principe posé.

II. — 637. Et d'abord, elle part de cette idée, certaine en principe, que celui qui n'a sur un immeuble qu'un droit *suspendu par une condition* peut néanmoins constituer hypothèque sur cet immeuble. L'art. 2129, dont nous avons déjà rappelé le texte par anticipation (voy. *suprà,* n° 625), parlera bien, en indiquant les énonciations nécessaires à la validité de la constitution d'hypothèque, « des immeubles actuellement appartenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance. » Mais évidemment les mots *actuellement appartenant* y devront être pris dans le sens large que nous indiquions tout

à l'heure d'après Pomponius et Ulpien ; et, ainsi entendue, la disposition ne contredira nullement le principe, supposé par notre article, que celui qui n'a sur un immeuble qu'un droit suspendu par une condition y peut néanmoins consentir l'hypothèque d'une créance. Seulement, remarquons-le, notre article ne part de cette idée que pour fixer le sort de l'hypothèque donnée dans cette situation, pour arriver à dire que l'hypothèque est *subordonnée* tout comme le droit du débiteur qui l'a conférée, de la même manière et dans les mêmes termes ; c'est-à-dire que la condition suspensive agissant par rapport à l'hypothèque comme par rapport au droit de propriété du débiteur qui l'a constituée, il arrivera de deux choses l'une : ou l'événement prévu se réalisera, et alors l'hypothèque restera sur l'immeuble et sera censée y avoir été fixée du jour même où elle a été donnée ; ou l'événement ne se réalisera pas, auquel cas l'hypothèque s'évanouira et se détachera de l'immeuble, qui sera censé n'en avoir été jamais affecté.

638. Ces idées, généralement admises, ne semblent pas susceptibles d'être contestées ; elles découlent, en effet, des principes les plus certains sur les conditions suspensives. Cependant elles sont méconnues par M. Grenier dans quelques situations particulières. Il suppose que tel immeuble a été vendu ou légué à Pierre sous la condition que l'acquéreur ou le légataire devra rendre cet immeuble à Joseph si celui-ci parvient à sa vingt-cinquième année ; ou bien encore il suppose que Joseph, propriétaire d'un immeuble, en a consenti la vente et l'a livré à Pierre, mais qu'en le vendant il s'est réservé la faculté de le racheter dans un délai déterminé. M. Grenier soutient que, dans l'une et l'autre hypothèse, Pierre seul a pu conférer hypothèque, parce que c'est sur sa tête seulement que réside la propriété, et que Joseph ne l'a pas pu ; tellement que si l'immeuble venait ultérieurement entre ses mains, dans la première hypothèse, parce que lui, Joseph, aurait atteint sa vingt-cinquième année, et, dans la seconde, parce qu'il aurait exercé le réméré qu'il avait stipulé, il n'y aurait pas confirmation ou consolidation de l'hypothèque par lui consentie lorsque la condition était encore pendante (1).

Rien n'est moins admissible assurément qu'une telle proposition. Que Pierre, dans la première hypothèse, puisse donner hypothèque, cela n'est pas contestable ; notre article le dit positivement dans la disposition (dont nous nous occuperons tout à l'heure) où il parle de ceux qui ont un *droit résoluble* en certains cas. Mais il parle en même temps de ceux qui ont un droit *suspendu par une condition,* et il dit que l'hypothèque par eux consentie serait *soumise à la même condition*. Or la situation de Joseph, dans l'hypothèse proposée, est bien celle qui est prévue par la loi. Quand je vous vends ou que je vous lègue tel immeuble, à la charge par vous de le rendre à Joseph si celui-ci atteint sa vingt-cinquième année, il est bien clair qu'en même temps que je vous confère un droit *résoluble,* je transmets à Joseph un droit *sus-*

(1) Voy. M. Grenier (t. I, n° 153).

pendu par une condition : le même événement, c'est-à-dire l'accomplissement de la vingt-cinquième année de Joseph, en même temps qu'il *résoudra* votre droit, déclarera et rendra certain le droit de celui-ci. Ce sont précisément deux des situations prévues par notre article; et de même que le créancier auquel vous auriez conféré hypothèque aurait eu le bénéfice de l'une si l'événement ne s'était pas réalisé, de même le créancier auquel Joseph aurait conféré hypothèque doit avoir le bénéfice de l'autre si l'événement se réalise (1). Encore une fois, ceci est de toute évidence; et l'on ne peut contester, dans l'espèce proposée, le droit qu'a Joseph de constituer une hypothèque que l'événement de la condition confirmera, sans nier l'une des dispositions précises de notre article et méconnaître les notions les plus élémentaires sur les effets de la condition suspensive.

639. Ce que nous disons de la première hypothèse, nous le dirons de la seconde et par les mêmes motifs. Le vendeur à réméré est, en effet, dans la position de celui dont le droit sur l'immeuble est suspendu par une condition ; la condition, ici, c'est que le vendeur exercera le réméré dans le délai et aux conditions convenus. Et cependant, bien que la situation soit la même, l'opinion de M. Grenier n'est pas, dans cette hypothèse, complétement isolée. Elle a été consacrée, soit virtuellement, soit d'une manière expresse, par plusieurs cours d'appel, notamment par les Cours de Colmar, de Besançon et de Bordeaux (2). L'expression en est reproduite dans les Observations de la Cour d'Angers sur les projets de réforme préparés en 1841 : « Comment admettre, disait cette Cour, cette singularité *que nous appellerions volontiers monstrueuse,* de deux personnes donnant en même temps hypothèque sur le même bien? Titius, par exemple, parce que ne l'ayant vendu qu'à réméré, il est encore dans le délai qui lui permet de redevenir propriétaire en restituant les prix et les loyaux coûts ; et Mœvius, parce qu'il le détient à titre d'acquéreur, bien qu'exposé à l'éviction la plus prochaine au moyen du rachat qui a été stipulé » ; et la Cour, en arrivant à cette conclusion que l'acquéreur seul, tant qu'il n'est pas évincé, a droit de conférer hypothèque, ne craint pas d'ajouter que, donner ce droit en même temps au vendeur, « c'est une théorie que repoussent le simple bon sens et la raison de l'homme le moins versé dans l'étude des lois. » (3) Enfin, la Cour de cassation elle-même a, jusqu'à un certain point, autorisé les interprètes du Code à considérer l'un de ses arrêts (que nous avons eu déjà l'occasion d'apprécier au nº 516) comme conforme à cette doctrine, en disant « qu'il est contre l'essence du contrat de vente que le vendeur retienne la propriété, et que la faculté même qu'il se réserve de recouvrer cette propriété suppose nécessairement qu'il l'a perdue; que de ces principes *incontestables* résulte la conséquence que l'acquéreur seul a sur le bien vendu

---

(1) Voy. M. Troplong (nº 468 *quater*).

(2) Voy. Colmar, 12 juill. 1816; Besançon, 22 nov. 1822; Bordeaux, 5 janv. 1833 (S.-V., 33, 2, 188; Dall., 33, 2, 94; *J. Pal.*, à sa date).

(3) *Doc. hyp.* (t. III, p. 242).

le *jus in re,* c'est-à-dire le droit d'aliéner et d'hypothéquer, avec la chance toutefois que présente la clause résolutoire; *tandis que le vendeur dessaisi n'a plus que le jus ad rem* dans l'action qu'il s'est réservée... » (1) La vérité est cependant que le vendeur à réméré a sur l'immeuble par lui vendu un droit suspendu par une condition, un droit conditionnel qui se réalisera à son profit s'il exerce le réméré; et, le réduire à n'avoir que le simple *jus ad rem* dont il est parlé dans les motifs de l'arrêt rendu par la Cour suprême et dans ceux des autres arrêts cités, n'est-ce pas méconnaître une situation réglée par la loi dans des dispositions qui ne nous semblent pas permettre l'équivoque?

Il est de principe, en effet, que la vente en réméré ne transmet à l'acquéreur qu'une propriété *résoluble;* l'acquéreur est propriétaire sous une condition résolutoire; tout le monde reconnaît cela, et les arrêts des Cours de Colmar, de Besançon et de Bordeaux, qui ont consacré l'opinion de M. Grenier, le disent eux-mêmes dans leurs motifs. Or cela seul suffirait, car il est de toute évidence que la propriété sous condition résolutoire implique une autre propriété sous condition suspensive; il y a là une corrélation nécessaire, et dans tous les cas où un immeuble appartient à une personne *sous condition résolutoire,* on peut dire qu'il y a une autre personne à laquelle ce même immeuble appartient *sous condition suspensive.* Quelle est cette autre personne dans notre espèce? C'est évidemment le vendeur. Et en effet, le Code dit, dans l'art. 1664, que « le vendeur à pacte de rachat peut exercer son action contre un second acquéreur, *quand même la faculté de réméré n'aurait pas été déclarée dans le second contrat* » ; il dit encore, dans l'art. 1673, que « lorsque le vendeur rentre dans son héritage par l'effet du pacte de rachat, *il le reprend exempt de toutes les charges et hypothèques dont l'acquéreur l'aurait grevé.* » Et qu'est-ce à dire, sinon que le vendeur, dans le cas de vente en réméré, reste là avec son droit de propriété, à côté de l'acquéreur dont la propriété est résoluble; droit conditionnel, sans doute, mais dont l'énergie est telle que, s'il se réalise par l'accomplissement de la condition, c'est-à-dire par l'exercice du réméré, la vente primitive sera anéantie et ne laissera aucune trace, si bien que le vendeur continuera d'être propriétaire et n'aura

(1) Ce sont quelques-uns des motifs de l'arrêt du 21 décembre 1825 par lequel a été rejeté le pourvoi dirigé contre l'arrêt cité déjà de la Cour de Besançon du 22 novembre 1822. Cependant nous avons fait remarquer plus haut que la Cour de cassation n'avait pas eu et ne s'était pas attachée à résoudre la question dont nous parlons ici. Dans l'espèce, il s'agissait de statuer sur le sort d'une inscription prise sur les biens présents et à venir d'un débiteur en vertu d'un jugement rendu contre ce débiteur après qu'il avait vendu l'un de ses immeubles, mais avant l'expiration du délai stipulé pour l'exercice du rachat qu'il s'était réservé d'effectuer; et le créancier qui prétendait faire porter son hypothèque judiciaire sur cet immeuble après le rachat se trouvait en présence, non pas du vendeur lui-même, mais d'un cessionnaire auquel celui-ci avait cédé le droit d'exercer le réméré et qui l'avait exercé. En cet état, l'arrêt a décidé que l'hypothèque judiciaire ne s'étend pas, au profit du *créancier du vendeur,* sur l'immeuble acquis par le *cessionnaire,* en vertu du pacte de réméré, ou, en d'autres termes, que le créancier hypothécaire du vendeur à réméré n'est pas créancier hypothécaire du cessionnaire. La solution est exacte, nous l'avons montré plus haut (voy. n° 516). Les motifs seulement, du moins ceux que nous reproduisons ici, peuvent être critiqués.

pas cessé de l'être. Assurément nous sommes loin de ce *jus ad rem* dont parlent les arrêts; et le droit du vendeur pendant le délai du réméré est bien réellement un droit *suspendu par une condition*. Cela étant, la question est résolue par notre article même, puisqu'il accorde formellement à celui dont le droit est suspendu par une condition la faculté de conférer une hypothèque soumise à la même condition. Le vendeur en réméré peut donc constituer hypothèque, et à l'exception de M. Grenier, tous les auteurs sont de cet avis (1).

A la vérité, l'acquéreur lui-même, comme nous l'allons voir tout à l'heure, pourra de son côté conférer hypothèque sur l'immeuble, pendant le délai du réméré. Est-ce là, comme l'a dit la Cour d'Angers, une singularité *monstrueuse*, une théorie que repoussent *le simple bon sens et la raison de l'homme le moins versé dans l'étude des lois?* Non évidemment, et, pour y mettre plus de réserve, cette Cour n'avait qu'à se pénétrer mieux de l'économie de la loi. Encore une fois, la loi ne dit pas seulement que ceux qui ont sur un immeuble un droit résoluble peuvent consentir une hypothèque, elle dit aussi que ceux-là le peuvent également qui ont sur l'immeuble *un droit suspendu par une condition*, sauf que l'hypothèque consentie dans ces diverses situations est soumise aux conditions mêmes qui affectent le droit des constituants. Et comme il n'est pas possible de faire abstraction du texte, ni d'en restreindre la portée, il faut bien admettre que, dans le cas de vente à réméré, l'acquéreur et le vendeur à la fois peuvent donner hypothèque, pendant le délai du réméré, sur l'immeuble qui a fait l'objet de la vente, l'un parce qu'il est dans la condition de ceux dont le droit est résoluble, et l'autre parce qu'il est dans le cas de ceux dont le droit est suspendu par une condition.

Et maintenant, que l'hypothèque consentie soit par l'un, soit par l'autre, donne au créancier une garantie très-imparfaite, nous le voulons bien : et à ce point de vue, nous dirons volontiers avec Marcadé que le créancier qui, pendant le délai convenu pour le retrait de l'immeuble vendu à réméré, voudrait acquérir une hypothèque sur cet immeuble, n'aurait de sécurité qu'en se la faisant concéder tout à la fois et par l'acheteur et par le vendeur (2). Mais cette idée que l'hypothèque ne doit être efficace qu'à cette condition, efficace en toute hypothèse, c'est-à-dire contre l'acquéreur, si, le retrait n'ayant pas lieu, c'est lui qui demeure propriétaire, et contre le vendeur au contraire si, le retrait ayant lieu, celui-ci se trouve avoir toujours eu la propriété; cette idée, disons-nous, n'est nullement exclusive de cette autre idée que le vendeur seul peut aussi bien que l'acquéreur seul, et chacun de son côté, constituer l'hypothèque. Seulement, alors, l'hypothèque don-

(1) Voy. MM. Tarrible (*Rép.*, vº Hyp., sect. 2, § 3, art. 3, nº 5); Delvincourt (t. III, p. 292, note 4); Persil (art. 2118, nº 4); Dalloz (p. 120, nº 6); Duranton (t. XIX, nº 278); Valette (p. 202); Troplong (nº 469); Taulier (t. VII, p. 256); Martou (nº 964); Duvergier (*De la Vente*, nº 29). — Voy. aussi Bruxelles, 10 nov. 1815, 15 juin 1818; Douai, 22 juill. 1820.

(2) Voy. Marcadé (sur l'art. 1659, nº 2).

nera une garantie incertaine et tout à fait subordonnée à l'événement; mais c'est l'affaire du créancier, et, s'il veut bien se contenter du gage qu'on lui donne, s'il veut accepter l'affectation hypothécaire avec toutes ses chances, ses incertitudes, ses éventualités, il en est bien le maître assurément : nous ne voyons pas un seul texte et pas une seule considération vraiment sérieuse dont on puisse s'autoriser pour y faire obstacle.

640. Signalons, en terminant sur la première disposition de notre article, un cas qui, s'il ne présente pas de difficulté sérieuse dans l'application, a éveillé l'attention à diverses reprises à cause des inconvénients et des dangers qui y sont attachés. Nous voulons parler du cas où une hypothèque est conférée par un communiste pendant la durée de l'indivision. Le cohéritier, ou tout autre copropriétaire indivis, a certainement, avant le partage, un droit de propriété qui lui permet de conférer hypothèque; et rien ne s'oppose à ce que, s'il use de ce droit, il restreigne l'hypothèque qu'il consent à la seule portion qu'il possède dans l'immeuble au moment de son obligation, par exemple, à la moitié si l'immeuble indivis doit être partagé par portions égales entre deux copropriétaires. La Cour de cassation a très-exactement décidé, dans ce sens, que lorsqu'un immeuble est indivis entre deux copropriétaires, si l'un des deux convient de grever d'hypothèque la moitié qui lui appartient, il n'y a toujours que *moitié* spécialement grevée de l'hypothèque; en sorte que si l'immeuble vient à être licité, et si le constituant reste propriétaire de la totalité, il n'en résulte pas extension de l'hypothèque, l'événement ne faisant pas que le créancier qui, par la convention spéciale, avait une hypothèque restreinte à moitié, ait, par la force de la loi, obtenu une hypothèque étendue à la totalité (1). C'est une conséquence toute naturelle du principe de la spécialité posé dans l'art. 2129, auquel nous allons arriver.

Mais le copropriétaire peut aussi conférer hypothèque sans rien préciser, le droit éventuel qu'il a sur la totalité des immeubles compris dans l'indivision le plaçant dans la condition à laquelle est subordonnée la capacité d'hypothéquer. Le même arrêt dit cela dans ses motifs, et il a toute raison de le dire : seulement, comme ce droit est éventuel, l'existence de l'hypothèque est éventuelle également; elle est subordonnée à l'événement du partage et à ses éventualités. C'est en ceci que la situation rentre dans les prévisions de notre article.

Ainsi, la fiction de l'art. 883 du Code civil agissant ici, l'existence ou l'efficacité de l'hypothèque dépendra du partage qui déclarera la propriété des copartageants. L'immeuble grevé de l'hypothèque entre-t-il, par l'effet du partage, dans le lot de celui des copartageants qui

(1) Voy. Cass., 6 déc. 1826 (Dall., 27, 1, 82; S.-V., 27, 1, 171; *J. Pal.*, à sa date). — Il a été décidé, dans le même sens, que la part revenant à chacun des membres d'une compagnie dans des marais communaux dont cette compagnie a entrepris le desséchement peut, après ce desséchement terminé et le partage opéré entre la commune et la compagnie, être hypothéquée par chacun des associés, bien qu'aucun partage n'eût été encore fait entre eux. Rej., 8 févr. 1847 (S.-V., 48, 1, 43; *J. Pal.*, 1848, t. I, p. 149).

a constitué l'hypothèque, l'affectation hypothécaire est consolidée, et le créancier aura son hypothèque du jour où elle aurait été inscrite, parce que le débiteur qui l'a constituée est censé, par la fiction de la loi, avoir été toujours propriétaire de l'immeuble grevé (1); l'immeuble passe-t-il dans un autre lot que celui du débiteur, l'hypothèque disparaît et s'efface complétement de l'immeuble, sur lequel elle ne laisse pas la moindre trace, parce que le débiteur est censé n'avoir jamais été propriétaire de cet immeuble, et n'a eu jamais, par conséquent, la capacité de l'hypothéquer (2).

Ce sont là des conséquences nécessaires du principe posé dans l'article 883 du Code civil. Mais on ne peut méconnaître qu'elles présentent, comme nous le disions tout à l'heure, d'assez graves inconvénients. La Cour et la Faculté de Rennes les signalaient dans leurs Observations sur les projets de réforme de 1841. Les créanciers d'un copartageant, disaient-elles, ne sont pas toujours en mesure de prévenir, par l'opposition que l'art. 882 les autorise à faire, la confection d'un partage; ils sont souvent trop éloignés pour connaître l'ouverture de la succession; quelquefois aussi les cohéritiers les gagnent de vitesse, car, quand ceux-ci sont tous majeurs, un partage sous seing privé, avec date certaine, peut être fait *immédiatement*, et l'on a vu des cas nombreux où la collusion du débiteur avec ses cohéritiers a détruit de la manière la plus déplorable les garanties qu'il avait éventuellement données à ses créanciers (3). Divers moyens ont été présentés comme susceptibles de prévenir ces dangers ou ces fraudes; et peut-être y en aurait-il de praticables, par exemple si, comme la Cour de Rennes en exprimait le désir, la loi disposait que l'*inscription vaudrait opposition à tout partage,* de telle sorte que les cohéritiers fussent tenus d'appeler les créanciers inscrits. Mais à défaut de ces précautions et de toutes autres, il s'en faut tenir au texte de la loi.

640 *bis*. Toutefois, la loi du 10 décembre 1874, qui a déclaré les navires susceptibles d'hypothèque, a fait au principe posé dans l'article 883 du Code civil une exception en quelque sorte nécessaire en matière maritime. « Quand il s'agit des navires, lit-on dans le rapport fait par M. Grivart au nom de la commission, l'indivision est un fait si général qu'on peut le considérer comme le régime habituel de la propriété. Plusieurs causes concourent à créer cet état de choses : l'importance des capitaux engagés, le désir de diviser les risques, l'avantage

(1) Voy. un arrêt de la Cour de Caen du 18 avril 1871 duquel il résulte que l'hypothèque, en ce cas, n'affecte la totalité de l'immeuble qu'autant que le communiste a entendu hypothéquer tout ce qui pourrait lui revenir dans l'indivision (S.-V., 72, 2, 273; *J. Pal.*, 1872, p. 1076).

(2) Voy. Aix, 23 janv. 1835 (Dall., 35, 2, 102; S.-V., 35, 2, 267; *J. Pal.*, à sa date); Grenoble, 2 juin et 19 août 1c63 (*J. Pal.*, 1854, p. 285). Voy. aussi Orléans, 31 mai 1859 (*J. Pal*, 1859, p. 890). *Comp.* Toulouse, 8 avr. 1865 (*J. Pal.*, 1865, p. 1027; S.-V., 65, 2, 266; Dall., 65, 2, 117). Mais le principe d'après lequel l'hypothèque consentie pendant l'indivision s'évanouit dès que, par l'événement du partage, l'immeuble passe à un autre lot que celui du débiteur, n'est pas applicable au privilége de vendeur qui grevait l'immeuble avant l'indivision. Cass., 29 mai 1866 (*J. Pal.*, 1866, p. 1068; Dall., 66, 1, 481; S.-V., 66, 1, 393).

(3) *Doc. hyp.* (t. I, p. 466; t. III, p. 292 et 293).

que trouve le propriétaire d'un navire à intéresser le capitaine aux chances de la navigation... En conservant à l'art. 883 du Code civil son effet ordinaire, alors que dans le plus grand nombre des cas les hypothèques constituées sur un navire ne porteront que sur des parts de propriété, on eût enlevé à l'hypothèque maritime tout caractère d'utilité pratique, on l'eût réduite à n'être qu'une institution de pure théorie, sans action sur le développement du crédit. Dans cette conviction, nous n'avons pas hésité à faire fléchir ici le principe de l'art. 883... »

Cependant la loi n'est pas allée, dans cette voie, aussi loin que l'auraient voulu les auteurs du projet primitif. Le troisième paragraphe de l'art. 18 de ce projet exprimait que, « par dérogation à l'art. 883 du Code civil, les hypothèques consenties durant l'indivision, par un ou plusieurs des copropriétaires, sur une portion du navire, *continueraient à subsister après le partage ou la licitation.* » Dans ces termes, la dérogation au principe du partage déclaratif eût été générale, absolue.

Mais elle a été restreinte et limitée à la suite des attaques très-vives dont la proposition de la commission fut l'objet. L'art. 883, disait M. Sebert, « est la sauvegarde des intérêts des familles. Voici quel a été son but : supposons un père ayant trois enfants ; deux de ses enfants établis ont peut-être, au moment de son décès, déjà reçu plus qu'il ne leur revient, soit par constitution de dot, soit par des avances que le père de famille leur a faites. Il meurt. Sa fortune peut consister uniquement dans le navire qu'il possède. Ces deux enfants, qui ont reçu au delà de leurs droits, n'ont plus rien à prétendre dans la succession ; ils n'ont plus, en réalité, aucun droit de propriété dans le navire. Et quand on arrivera au partage, il n'y aura rien à leur attribuer, et l'enfant qui n'aura rien reçu pour sa part aura seul droit à la propriété du navire, et il devra lui arriver, en vertu de l'art. 883, libre des hypothèques que ses frères auraient pu consentir. Voilà le droit protecteur du Code civil. Or, d'après le projet, les hypothèques subsisteraient, au contraire, après le partage ou la licitation. De sorte qu'un ou deux enfants qui auront reçu leur part, et même davantage, viendront le lendemain du décès hypothéquer la moitié ou les deux tiers du navire indivis pour la valeur de cette moitié ou des deux tiers, et comme l'hypothèque continuera de subsister malgré l'événement du partage, il ne restera à l'enfant qui n'aura rien reçu que la moitié ou le tiers du navire pour tout émolument ; et pour peu qu'il y ait des dettes dans la succession, comme il faudra les payer sur ce tiers ou cette moitié, il pourra se faire qu'il ne reste rien, ou peu de chose, pour l'enfant non doté. »

Il était difficile de ne pas tenir compte de ces observations. Aussi la commission appelée à examiner de nouveau la question, dans l'intervalle de la deuxième à la troisième délibération, proposa-t-elle, sinon de supprimer complétement, comme le demandait M. Sebert, une dérogation qui à bon droit était considérée comme nécessaire dans la matière, au moins de la restreindre et de la limiter. La proposition fut admise. Et le paragraphe 3 de l'art. 18 a été finalement rédigé en ces termes : « Dans tous les cas de copropriété autres que ceux qui résultent

d'une succession ou de la dissolution d'une communauté conjugale, par dérogation à l'art. 883 du Code civil, les hypothèques consenties durant l'indivision par un ou plusieurs des copropriétaires, sur une portion du navire, continuent à subsister après le partage ou la licitation. »

Ainsi, même en matière maritime, la fiction de l'art. 883 du Code civil est maintenue pour le cas de copropriété ou d'indivision procédant d'une succession et pour le cas où la copropriété ou l'indivision procède de la dissolution d'une communauté conjugale. *En tous autres cas d'indivision,* l'art. 883 est inapplicable; et, arrivant le partage ou la licitation, l'hypothèque, consentie sur le navire durant l'indivision par un ou plusieurs des propriétaires, subsistera au profit du créancier qui l'aura obtenue, même si, par l'événement du partage ou de la licitation, le navire passe aux mains d'un autre que le débiteur. C'est la conséquence nécessaire du texte, qui est essentiellement limitatif, et qui par conséquent ne saurait permettre l'application de l'art. 883, sous prétexte d'analogie, à d'autres cas d'indivision que ceux qui y sont expressément réservés (1).

Revenons à notre art. 2125.

III. — 641. Indépendamment du cas dont nous venons de parler, cet article, comme nous l'avons dit, en prévoit un autre, celui où le droit sur l'immeuble est résoluble ou sujet à rescision. Mais, comme cela résulte aussi des observations qui précèdent, ce cas est complexe et suppose deux positions parfaitement distinctes : celle du détenteur, dont le droit est résoluble ou susceptible d'être annulé ou rescindé; et celle du demandeur au profit duquel la résolution, la nullité ou la rescision peut avoir lieu. Avant de nous occuper de la première de ces deux positions, spécialement prévue par notre article, disons quelques mots de la seconde.

642. Celui qui, sans avoir actuellement la possession d'un immeuble, a le droit de s'en faire reconnaître propriétaire au moyen d'une action en revendication, en nullité ou en rescision, peut-il, même avant d'exercer son action, conférer une hypothèque sur l'immeuble? Et s'il le peut, quel sera le caractère et la portée de l'affectation hypothécaire qu'il aura consentie? Si nous nous reportons aux observations qui précèdent, ces questions se trouvent maintenant résolues. La position supposée ne diffère pas essentiellement de celle dans laquelle se trouvent ceux qui ont sur l'immeuble un *droit suspendu par une condition :* la condition, ici, c'est le succès de l'action à introduire. On peut dire dès lors que si la seconde disposition de notre article est étrangère à ce cas en ce qu'elle ne parle que de l'hypothèque consentie par le détenteur de l'immeuble grevé, soit d'une condition résolutoire, soit d'une cause de nullité ou de rescision, la première s'y applique directement et donne le droit de constituer hypothèque à celui au profit de qui peut se résoudre la condition ou la cause d'éviction.

Ainsi, vous détenez indûment la maison que possédait mon père,

---

(1) Voy. M. T. Morel (*Comment. de la loi du 10 décembre 1874*, nos 165 et suiv.).

dont je suis l'héritier, et j'ai une action en revendication de cette maison; ou bien encore, je vous ai vendu ma maison, mais j'ai été induit en erreur lorsque j'ai vendu, ou mon consentement m'a été surpris ou arraché par dol ou violence, et j'ai une action en rescision de la vente que je vous ai consentie : dans toutes ces situations et dans toutes celles où je pourrai faire reconnaître mon droit de propriété au moyen d'une action analogue, il me sera permis de conférer éventuellement une hypothèque sur l'immeuble qui, un peu plus tôt, un peu plus tard, sera l'objet de ma demande.

643. Mais ici, comme dans tous les cas où le droit sur l'immeuble est suspendu par une condition, le sort de l'hypothèque sera subordonné aux événements ultérieurs. Nulle et non avenue si l'action introduite n'aboutit pas, et se trouve repoussée par jugement, l'hypothèque sera pleinement confirmée, au contraire, si le jugement accueille la demande; elle deviendra certaine et fixe, d'incertaine et éventuelle qu'elle était; et si elle a été conservée par l'inscription, l'hypothèque prendra son rang du jour même où elle aura éte inscrite, parce que le jugement qui a statué sur la demande n'a fait que *déclarer* le droit du demandeur, en sorte qu'en réalité l'hypothèque a été consentie sur l'immeuble par celui qui en était propriétaire *ab initio*.

IV. — 644. Arrivons maintenant à celui qui détient l'immeuble, mais dont le droit est résoluble ou sujet à rescision. Pour celui-ci, il n'y a pas de doute possible; la faculté qu'il a de conférer hypothèque sur l'immeuble est virtuellement reconnue par notre article.

Ainsi, dans le cas de vente en réméré, l'acquéreur, dont le droit est résoluble et se résoudra si le vendeur exerce le réméré, peut néanmoins constituer hypothèque avant l'événement de la condition résolutoire sous laquelle il possède. Il en est de même du donataire d'un immeuble, bien que la donation puisse être révoquée ou annulée par des causes diverses, telles qu'ingratitude, survenance d'enfants, inexécution des conditions, vices de forme, etc. Il en est de même de celui qui, dans le cas de substitution permise, détient l'immeuble à la charge de le rendre à ses enfants, bien que son droit doive se résoudre si les appelés lui survivent; de même, après le partage d'une succession, du copartageant qui est en possession, bien que le partage puisse être rescindé pour cause de violence ou de dol ou s'il y a eu lésion de plus d'un quart au préjudice de l'un des cohéritiers; de même de l'héritier majeur qui a accepté une succession, bien qu'il puisse être relevé de son acceptation dans le cas où elle aurait été la suite d'un dol pratiqué envers lui ou s'il a été découvert un testament par lequel la succession serait absorbée ou diminuée de plus de moitié; de même de l'acquéreur d'un immeuble, bien que la vente doive être rescindée dans le cas où le vendeur aurait été lésé de plus des sept douzièmes, etc.

Dans toutes ces hypothèses, et dans toutes les autres où le droit du détenteur de l'immeuble serait également résoluble ou sujet à rescision, il est hors de doute que ce détenteur est capable de conférer hypothèque sur cet immeuble que cependant la résolution ou la rescision

peut faire sortir de ses mains; c'est la supposition précise sur laquelle la seconde disposition de notre article est fondée.

645. Mais quel est le caractère de cette hypothèque et quel en doit être le sort? Notre article est explicite et positif sur ce point : il dit que celui qui est propriétaire sous une condition résolutoire ou dont le droit est sujet à rescision ne peut consentir sur l'immeuble qu'une hypothèque soumise à la même condition ou à la même rescision. Ainsi, l'hypothèque est subordonnée encore ici aux événements ultérieurs. Par exemple, Pierre a acheté à Paul la maison que celui-ci possède à Versailles, sous la condition que la vente sera résolue si une autre maison dépendant de la succession encore indivise de son père lui échoit lors du partage. Pierre, devenu propriétaire de la maison de Versailles sous cette condition résolutoire, la grève cependant d'hypothèque en faveur de Joseph. Le droit hypothécaire de ce dernier est subordonné à l'événement de ce partage, sur lequel repose la condition résolutoire mise à la vente. Si la maison dépendant de la succession du père de Pierre n'est pas dans le lot de ce dernier, la vente subsiste et l'hypothèque conférée à Joseph sur la maison de Versailles est consolidée; au contraire, si la maison est dans le lot de Pierre, la vente de la maison de Versailles est résolue, l'hypothèque de Joseph est anéantie, et l'immeuble en reste affranchi comme s'il n'en eût jamais été grevé.

La même chose a lieu dans le cas de vente en réméré, par rapport aux hypothèques qu'aurait données l'acquéreur. Ainsi, Paul a vendu à Pierre sa maison de Versailles, en se réservant de la racheter dans un délai de trois ans; Pierre consent sur la maison une hypothèque à Joseph, qui l'accepte, bien que le droit de son débiteur soit résoluble par l'exercice du rachat : l'hypothèque sera maintenue ou éteinte, suivant l'événement. Si le délai de trois ans expire sans que Paul use du pacte de rachat, la propriété est transmise à Pierre définitivement et d'une manière incommutable, et l'hypothèque de Joseph subsiste; au contraire, si Paul use du pacte de rachat dans le délai convenu, le droit de Pierre est résolu, et avec lui tombe ou s'efface le droit hypothécaire de Joseph. C'est l'application nette et directe de la maxime : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

646. Toutefois, il faut y prendre garde, la règle n'est pas tellement absolue qu'elle ne soit susceptible de quelques exceptions. Le principe à cet égard est posé par Loyseau, qui, distinguant entre le cas où le droit du détenteur de l'immeuble est résolu ou rescindé *par une cause nécessaire et inhérente au titre d'acquisition,* et celui où la rescision procède d'une *cause nouvelle et volontaire,* enseigne que, si les résolution et rescision agissent de telle façon qu'elles font rentrer l'immeuble quitte et affranchi de toutes charges entre les mains du demandeur, c'est dans le premier cas seulement, « afin, dit Loyseau, qu'il ne soit pas en la puissance du débiteur d'amortir l'hypothèque quand il le voudra. » La distinction est généralement admise par les auteurs (1); la loi elle-même

(1) Loyseau (*Du Déguerpissem.*, liv. 6, chap. 3, n° 6). Voy. aussi MM. Troplong (n° 466); Martou (n° 969).

la reconnaît quelquefois et la consacre, notamment lorsqu'elle maintient les hypothèques constituées par le donataire dont le titre vient à être révoqué pour cause d'ingratitude (C. civ., art. 958). Elle est donc bonne à suivre, et nous la considérons comme applicable, soit aux résolutions amiables, soit aux résolutions prononcées par jugement.

Ainsi, quant aux résolutions amiables, nous n'admettons pas la théorie proposée d'une manière trop absolue par quelques auteurs, et notamment par Toullier : « La résolution, dit-il, peut se faire par le consentement mutuel des parties; mais alors, comme elle n'a point de cause nécessaire, c'est moins une résolution proprement dite qu'une convention nouvelle qui ne peut porter aucun préjudice aux droits acquis à des tiers. » (1) Cela est juste, mais seulement dans le cas où la résolution n'a pas, en effet, une cause nécessaire et inhérente au titre d'acquisition; alors il faut protéger les créanciers hypothécaires ou tous autres ayant un droit réel sur l'immeuble contre les combinaisons frauduleuses à l'aide desquelles les parties intéressées pourraient nuire à ces droits et les amortir, selon l'expression de Loyseau (2). Mais si la résolution a réellement une cause nécessaire et légitime, si le consentement de celui dont le droit est résolu n'a été donné à l'amiable que pour prévenir une décision judiciaire inévitable, il est juste que l'immeuble rentre affranchi entre les mains du propriétaire et que les charges dont il a été grevé par l'acquéreur ne survivent pas à la résolution. Et il a été exactement décidé, en ce sens, que la résolution amiable consentie *sans fraude* par l'acquéreur, pour défaut de payement du prix, opère, aussi bien que la résolution prononcée en justice, l'extinction des charges et hypothèques créées par l'acquéreur sur les immeubles (3).

De même, quant aux résolutions judiciaires, nous n'admettons pas, en thèse générale du moins, la décision en sens inverse de la Cour de cassation, et de laquelle il résulte que les tiers de bonne foi auxquels le donataire a hypothéqué les biens donnés ne peuvent être évincés par l'exercice de l'action en réduction formée par les héritiers à réserve, alors que la donation ayant été faite sous la forme d'un contrat de vente, les tiers ont pu considérer le donataire comme propriétaire incommutable (4). Quelque extraordinaires que soient les circonstances dans lesquelles l'arrêt a été rendu, il faut reconnaître que la décision a méconnu l'art. 929, d'après lequel « les immeubles à recouvrer par l'effet de la réduction, le seront *sans charge de dettes ou hypothèques créées par le donataire* » ; et, comme le dit très-exactement M. Coin-

(1) Voy. M. Toullier (t. VII, p. 655). — *Junge :* M. Duranton (t. XVI, n° 337).
(2) Req., 17 juill. 1848 (S.-V., 48, 1, 470; Dall., 48, 1, 613; *J. Pal.*, 1848, t. II, p. 603).
(3) Voy. Req., 10 mars 1836; Bourges, 12 févr. 1853 (Dall., 36, 1, 167; 53, 2, 175; S.-V., 36, 1, 167; 53, 2, 441; *J. Pal.*, 1853, t. I, p. 374). — *Junge :* Cass., 30 avr. 1827 et 12 mars 1829. — Voy. aussi MM. Troplong (*De la Vente*, n° 691); Martou (n° 970). — *Secùs* dans le cas où l'acte de vente exprimerait que le prix a été payé comptant, bien qu'en réalité il n'ait pas été payé. Douai, 10 mars 1849 (S.-V., 49, 2, 374; Dall., 49, 2, 147; *J. Pal.*, 1849, t. II, p. 503). Voy. aussi M. Ém. Ollivier (*Rev. prat.*, t. V, p. 545).
(4) Req., 4 déc. 1826.

Delisle, on ne saurait conclure de l'arrêt « qu'en principe l'on doive déclarer indélébiles les hypothèques créées par le donataire qui aurait eu l'habileté de cacher une donation sous la forme d'une vente. » (1) En effet, la règle posée dans l'art. 929 tient à la distinction indiquée par Loyseau ; la résolution, ici, procède d'une cause nécessaire et antérieure au titre d'acquisition, et le déguisement de la donation, quelle qu'ait pu être la bonne foi des tiers, ne saurait être opposé aux héritiers réservataires qui agissent pour obtenir leur réserve intacte (2).

647. Tout ceci montre le grand intérêt qu'ont les créanciers hypothécaires dans les procès où se trouve engagé le droit de propriété par rapport aux immeubles sur lesquels ils ont pris inscription. Et cela indique aussi toute l'importance qui s'attache à la question de savoir si le jugement rescisoire rendu contre le débiteur qui a conféré hypothèque est opposable au créancier hypothécaire qui n'y a pas été partie, lorsque ce jugement n'a pas été déclaré commun avec lui ; en d'autres termes, si le créancier hypothécaire a été légalement représenté par son débiteur, aussi bien que les créanciers chirographaires, tellement qu'il ne puisse pas se pourvoir contre le jugement et l'attaquer par la voie de la tierce opposition. Marcadé, combattant la jurisprudence qui, jusqu'en 1841, avait invariablement considéré le débiteur comme représentant son créancier même hypothécaire, a présenté sur cette grave question des observations si détaillées et si décisives qu'il serait hors de propos d'y revenir ici (3). Bornons-nous donc, en adoptant de tous points la solution de Marcadé, à dire que la jurisprudence tend à revenir sur le système qu'elle avait d'abord consacré, et que d'après les arrêts les plus récents les créanciers hypothécaires ne sont pas représentés par leur débiteur dans les procès où sont mis en question les droits de ce dernier sur l'immeuble hypothéqué (4).

2126. — Les biens des mineurs, des interdits, et ceux des absents, tant que la possession n'en est déférée que provisoirement, ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et dans les formes établies par la loi, ou en vertu de jugements.

SOMMAIRE.

I. 648. Notre article se rattache à l'idée que c'est le propriétaire seul de l'immeuble qui peut l'hypothéquer. — 649. Il n'a trait qu'à l'hypothèque conventionnelle.

II. 650. Il faut distinguer entre les mineurs et les interdits d'une part, et les absents de l'autre. L'hypothèque s'attache aux biens des premiers pour les causes et

---

(1) Voy. M. Coin-Delisle (sur les art. 929, 930, n° 16).

(2) *Comp.* Lyon, 23 janv. 1863, arrêt rapporté avec l'arrêt de cassation du 21 mars 1866 (Dall., 66, 1, 164).

(3) Voy. Marcadé (sur l'art. 1351, n° 12).

(4) Voy. là-dessus Bourges, 6 nov. 1853 ; Orléans, 15 févr. 1854 ; Toulouse, 7 mars 1855 ; Rej., 14 nov. 1853 ; Req., 20 juin 1854 : Lyon, 23 juill. 1858 ; Cass., 6 déc. 1859, 13 déc. 1864 ; Nancy, 22 févr. 1867 (*J. Pal.*, 1854, t. I, p. 178 ; t. II, p. 203 ; 1855, t. I, p. 521 ; t. II, p. 290 ; 1860, p. 121 ; 1861, p. 413 ; 1865, p. 41 ; Dall., 54, 1, 231 ; 65, 1, 142 ; 67, 2, 101 ; S.-V., 54, 1, 601 ; 60, 1, 9 ; 65, 1, 27). — Voy. cependant Req., 15 juill. 1869 (*J. Pal.*, 1869, p. 1195 ; S.-V., 69, 1, 456).

dans les formes établies par la loi, et à ceux des absents en vertu de jugements. — 651. Ainsi, le tuteur, même le père ou la mère, ne peut hypothéquer les biens du mineur sans délibération du conseil de famille et homologation du tribunal. — 652. Quant aux biens des absents, il n'y a pas besoin d'autorisation du conseil de famille; il suffit de l'autorisation du tribunal.

III. 653. D'ailleurs, cette forme n'est imposée que pendant la seconde période de l'absence. Après l'envoi en possession définitive, il n'en est plus besoin. — 654. L'époux présent, qui a empêché l'envoi en possession, peut-il hypothéquer sans jugement? Distinction.

I. — 648. La loi confirme ici cette espèce d'inaliénabilité dont les biens immeubles des mineurs ou des interdits et ceux des absents se trouvent temporairement frappés, dans une pensée toute de protection (C. civ., art. 128, 457, 509). Notre article ne se rattache donc pas seulement à l'idée que, pour constituer hypothèque, *il faut avoir la capacité personnelle d'aliéner;* en ce sens, il ne serait que la répétition inutile de la règle déjà posée dans l'art. 2124 : il se rattache encore et plus particulièrement à cette autre idée que c'est le propriétaire seul de l'immeuble qui peut le donner en hypothèque, et il se rattache à cette idée pour limiter le principe, ou du moins pour le mettre en rapport avec la règle d'inaliénabilité dont nous venons de parler. Notre article revient donc à dire que, quoique propriétaires d'immeubles, les mineurs, les interdits, les absents, ou plutôt ceux qui ayant l'administration de leurs personnes ou de leurs biens les représentent et traitent en leur nom et pour eux, n'ont pas cependant la liberté absolue d'affecter ces immeubles hypothécairement, et qu'à leur égard le droit de conférer hypothèque n'est ouvert que dans certaines circonstances et pour des causes déterminées. — Tel est le principe de notre article; voyons-en la portée.

649. D'abord il a trait aux hypothèques qui, bien que dérivant de la loi (*suprà,* n° 322), ont cependant leur cause prochaine dans la *convention :* c'est évident et par la place que l'article occupe dans le Code, puisqu'il est écrit dans la section relative à l'hypothèque *conventionnelle,* et par son texte même, puisque la formule dans laquelle il se renferme est indicative d'un consentement volontaire et spontané du débiteur ou de ses représentants. La disposition de notre article n'est donc pas applicable aux hypothèques qui s'établissent de plein droit, par la seule autorité de la loi, sans la participation du débiteur. Ainsi, un mineur contracte-t-il mariage, ses biens immeubles sont affectés à l'instant même, aussi complétement que s'il était majeur et maître de ses droits, de l'hypothèque *légale* attribuée par les art. 2121 et 2135 aux femmes pour raison de leurs dot et conventions matrimoniales (*suprà,* nos 429 et suiv.). Une condamnation est-elle prononcée contre un mineur, un interdit, un absent, en la personne du tuteur ou de l'administrateur qui les représente, le créancier qui a obtenu la condamnation peut prendre inscription en vertu du jugement et s'assurer dans toute sa généralité, comme si le débiteur était présent et pleinement capable, l'hypothèque *judiciaire* attachée par l'art. 2123 aux jugements ou actes judiciaires (*suprà,* nos 573 et suiv.).

II. — 650. Après cette première observation, il y a un autre point à

préciser pour distinguer des situations que le législateur n'a pas voulu confondre, bien que la distinction ne soit pas nettement indiquée. L'art. 2126, plaçant en apparence sur la même ligne les mineurs, les interdits, et les absents pendant la seconde période de l'absence, dit que leurs biens ne peuvent être hypothéqués que pour *les causes et dans les formes établies par la loi, ou en vertu de jugements.* Mais il faut s'entendre : la loi établit en effet des causes et des formes pour l'hypothèque *conventionnelle* des biens des mineurs et des interdits (art. 457, 458, 509); mais elle n'en établit aucune pour l'hypothèque des biens des absents, car après l'art. 128 du Code civil qui interdit formellement à ceux qui ne jouissent qu'en vertu de l'envoi provisoire d'hypothéquer les immeubles de l'absent, on ne trouve pas de texte dans le Code, si ce n'est celui de notre article, qui lève, modifie ou limite cette prohibition. D'un autre côté, notre article parle de *jugements* en vertu desquels les biens dont il s'occupe pourront être hypothéqués conventionnellement; mais évidemment les biens auxquels il fait allusion en cela ne sont pas ceux des mineurs et des interdits, car il y a, pour ceux-là, des formes précises et déterminées à l'accomplissement desquelles notre article vient de subordonner la validité de l'hypothèque conventionnelle. Or ces formes ne consistent pas en un jugement seulement : il y a, de plus, l'autorisation préalable qui doit émaner du conseil de famille et dont le tuteur doit ensuite demander et obtenir l'homologation par le tribunal (art. 457, 458). Que conclure de tout cela? Que chacune des énonciations de notre article a son objet spécial et limité; et que, tout en rassemblant des situations différentes dans une disposition commune, la loi, cependant, a entendu les distinguer par l'expression. C'est pourquoi il faut dire que l'hypothèque *conventionnelle* pourra s'attacher aux biens des mineurs et des interdits *pour les causes et dans les formes établies par la loi,* et à ceux des absents, pendant la seconde période de l'absence, *en vertu de jugements.* C'est ainsi, du reste, que la disposition de notre article avait été modifiée, *en la forme,* dans les projets élaborés en 1851. Le projet soumis à la deuxième délibération contenait, dans son art. 2118, une disposition en tout semblable à celle de notre article. Mais on pensa que le doute pouvait naître d'une rédaction où toutes les situations prévues étaient confondues en apparence. Et pour bien préciser, on proposait de dire dans l'art. 2115 du projet préparé pour la troisième délibération : « Les biens des mineurs et des interdits ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et dans les formes établies par la loi. — Ceux des absents, tant que la possession n'en est déférée que provisoirement, ne peuvent être hypothéqués qu'*en vertu d'autorisation judiciaire.* » (1)

(1) La substitution de ces dernières expressions aux mots « en vertu de jugements », qui sont dans notre art. 2126, et qui étaient aussi dans les premiers projets de réforme, avait été faite pour marquer mieux qu'il s'agissait là non pas d'une hypothèque judiciaire (laquelle, d'ailleurs, était supprimée par les projets en discussion), mais d'une hypothèque *conventionnelle* judiciairement autorisée. La précaution nous aurait paru inutile, car enfin quelle apparence y a-t-il que le législateur songe à l'hypothèque *judiciaire* quand il s'occupe d'organiser l'hypothèque *conventionnelle*? Cepen-

Là est la pensée même de notre article ; et bien qu'il soit rédigé autrement, c'est ainsi qu'il doit être entendu.

651. D'après cela, le tuteur, même le père ou la mère, ne peut hypothéquer les biens immeubles du mineur et de l'interdit sans l'autorisation du conseil de famille, qui ne doit l'accorder que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident. L'autorisation accordée, la délibération du conseil de famille ne peut être exécutée sans l'homologation du tribunal de première instance, statuant en chambre du conseil, et après avoir entendu le procureur de la république (C. civ., art. 457, 458, 509). Telles sont les causes et les formes dont notre article a entendu parler.

652. Quant aux biens des absents, la prohibition de les hypothéquer pendant la seconde période de l'absence, prohibition formellement prononcée par l'art. 128 du Code civil, cédera dans tous les cas où ceux qui jouissent de ces biens en vertu de l'envoi provisoire auront obtenu l'autorisation judiciaire de les grever hypothécairement. Notre article n'exige rien de plus ; c'est pourquoi nous rejetons l'opinion de quelques auteurs qui, négligeant de faire dans la disposition de notre article la division ci-dessus indiquée, enseignent qu'il faut appliquer ici, par extension, l'art. 457, et exiger de ceux qui jouissent des biens en vertu de l'envoi provisoire qu'avant de solliciter ce jugement du tribunal ils se fassent autoriser par le conseil de famille. Sans doute, la loi pourrait disposer en ce sens, et c'est en ce sens, en effet, que dispose la loi belge du 16 décembre 1851 (voy. l'art. 75). Mais dès que les mots « en vertu de jugements », de notre article, s'appliquent aux hypothèques à établir sur les biens des absents, et s'y appliquent à l'exclusion de ces autres mots : « pour les causes et dans les formes établies par la loi », lesquels se réfèrent exclusivement à l'hypothèque conventionnelle des immeubles appartenant à des mineurs ou à des interdits, il est clair que, dans l'état actuel de la loi, les envoyés en possession provisoire satisfont à toutes les exigences en s'adressant directement au tribunal pour obtenir, sans consulter le conseil de famille, l'autorisation de conférer hypothèque sur les biens de l'absent. L'appréciation appartient tout entière au tribunal, qui naturellement prendra pour règle de sa décision l'intérêt de l'absent, et, selon l'expression de l'art. 459 du Code civil, n'accordera l'autorisation que pour cause de nécessité absolue ou d'avantage évident.

III. — 653. Notons d'ailleurs que notre article dispose en vue du cas où l'absence n'a pas encore dépassé la seconde période. De là une conséquence : lorsque l'absence s'est prolongée assez pour que la pré-

---

dant quelques auteurs y ont été trompés ; et, en s'attachant à la disposition finale de notre article, ils enseignent que, si les biens des mineurs, des interdits et des absents sont soumis à l'hypothèque *judiciaire*, c'est en vertu de cette disposition (voy. notamment M. Troplong, nos 481, 486, et les auteurs qu'il cite). Nous persistons néanmoins à penser que si ces biens sont soumis à l'hypothèque judiciaire, c'est parce qu'une telle hypothèque résulte des jugements *de plein droit et en vertu de la loi*, et que notre art. 2126 a seulement en vue celle qui a sa cause immédiate dans la *convention* (voy. *suprà*, n° 649).

somption du décès domine, et pour que la loi autorise les ayants droit à faire prononcer l'envoi en possession définitif, ceux qui ont obtenu cet envoi n'ont plus de jugement à requérir pour donner hypothèque sur les biens de l'absent. Cela résulte de l'art. 132, qui oblige l'absent, s'il vient à reparaître, à reprendre les biens *dans l'état où il les trouve et le prix de ceux qui auraient été aliénés*. D'ailleurs la prohibition d'hypothéquer n'est faite par l'art. 128 qu'à ceux qui jouissent *en vertu de l'envoi provisoire*, et notre article, qui a été mis exactement en rapport avec cette dernière disposition, s'il exige l'intervention d'un jugement pour que l'hypothèque conventionnelle puisse être attachée aux biens de l'absent, l'exige seulement tant que la possession des biens *n'est déférée que provisoirement*.

654. Faut-il en tirer cette autre conséquence que l'époux présent qui, en usant du bénéfice de l'art. 124, a empêché l'envoi en possession provisoire, sera dispensé aussi de toute formalité pour donner une hypothèque conventionnelle? Il faut distinguer.

Si c'est la femme qui est en état d'absence, le mari qui opte pour la continuation de la communauté demeure administrateur légal avec tous les pouvoirs ordinaires du chef de l'association conjugale; il peut donc hypothéquer *les biens de la communauté* sans aucune autorisation, comme il pourrait le faire, en vertu de l'art. 1421, si la femme était présente. L'opinion contraire de M. Proudhon, qui, dans ce cas, invoque l'art. 128, est le résultat d'une erreur réfutée dans notre *Traité du Contrat de mariage* en collaboration avec M. Rodière (1). Quant aux biens personnels de la femme, il en serait autrement. Le mari prendrait bien l'administration même de ceux que la femme se serait réservé d'administrer; mais ses pouvoirs, quant à ces biens, ne seraient pas différents de ceux de l'envoyé en possession provisoire, et, par conséquent, la prohibition de l'art. 128 subsisterait à leur égard, en sorte qu'une hypothèque conventionnelle ne pourrait être assise sur ces biens qu'*en vertu d'un jugement,* aux termes de notre article.

Si c'est le mari qui est en état d'absence déclarée, la femme, en optant pour la continuation de la communauté, n'acquiert pas les pouvoirs étendus qui appartiennent au mari dans l'hypothèse inverse. Ses pouvoirs ne sont pas autres en général que ceux des envoyés en possession provisoire, et dès lors elle ne peut hypothéquer les immeubles soumis à son administration, pas plus ceux qui dépendent de la communauté que ceux qui appartiennent en propre à son mari absent, à moins qu'un jugement rendu dans les termes de notre article ne l'y autorise. Nous établissons cela plus amplement dans le *Traité du Contrat de mariage* (2).

Mais l'époux présent peut ne pas user du bénéfice de l'art. 124 et opter pour la dissolution de la communauté. Dans ce cas, si c'est la femme qui est présente, elle n'a d'autres pouvoirs sur les biens dont

---

(1) Voy. *Traité du Contrat de mariage* (1re édit., t. I, n° 745; 2e édit., t. II, n° 976).
(2) Voy. 1re édit., t. I, n° 748; 2e édit., t. II, n° 981.

elle a effectué la reprise que les pouvoirs accordés aux envoyés en possession provisoire : elle administrera donc, mais elle ne pourra pas hypothéquer, à moins qu'elle n'en obtienne judiciairement l'autorisation. Quant au mari, si c'est lui qui est présent, il a des pouvoirs plus étendus, au moins en ce qui concerne ses biens personnels et sa part dans la communauté : ces biens lui sont acquis définitivement et il n'en doit pas compte, quels que soient les événements ultérieurs; par suite, il y peut conférer hypothèque sans s'astreindre à aucune formalité. Mais en ce qui concerne les biens qu'il tiendrait de la libéralité de sa femme absente ou des stipulations du contrat de mariage, il en est simplement détenteur, ces biens n'étant qu'en dépôt entre ses mains (art. 125); les droits qu'il y peut avoir se trouvent ainsi subordonnés au décès de sa femme, et dès lors l'hypothèque conventionnelle n'y pourrait être attachée qu'en vertu d'un jugement (1).

2127. — L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par un acte passé en forme authentique devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins.

2128. — Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités.

SOMMAIRE.

I. 655. Transition à la forme des actes de constitution d'hypothèque. Pourquoi l'authenticité y est requise.

II. 656. En quel sens et dans quelle mesure l'authenticité est requise. Elle est nécessaire pour les actes de constitution d'hypothèque. — 657. Le mandat pour conférer hypothèque doit être également authentique. — 658. Mais la promesse sous seing privé de donner hypothèque confère à celui qui l'accepte le droit d'en exiger la réalisation. — 659. Est valable l'acceptation sous seing privé d'une constitution d'hypothèque dans la forme authentique. — 660. N'a pas besoin d'être authentique l'acte de liquidation d'une créance éventuelle pour laquelle le débiteur a consenti une hypothèque régulièrement.

III. 661. L'acte authentique exigé par la loi est un acte notarié. Cependant on tient comme équivalent l'acte sous seing privé déposé pour minute chez un notaire, pourvu que le dépôt soit fait conjointement par les deux parties. — 662. La constitution d'hypothèque ne pourrait avoir lieu dans un procès-verbal de conciliation; — 663. Ni dans un acte administratif, quoique la jurisprudence ait admis que l'hypothèque peut résulter de baux et marchés administratifs; — 664. Ni dans un acte notarié irrégulier; mais ne doit pas être considéré comme irrégulier l'acte notarié non enregistré. — 665. Ne serait pas nulle la constitution d'hypothèque faite par un acte en brevet.

IV. 666. Les actes authentiques passés à l'étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires dans les lois politiques ou dans les traités : observations critiques. — 667. A défaut de traité, le contrat passé à l'étranger ne pourrait être validé par un jugement émané d'un tribunal français. S'il y a un traité avec un pays où l'hypothèque générale est permise par contrat, une hypothèque de ce genre permettra-t-elle de prendre inscription sur des immeubles français ?

I. — 655. Après avoir indiqué dans les trois articles qui précèdent les conditions constitutives de la capacité à l'effet de conférer hypo-

(1) Voy. encore là-dessus notre *Traité du Contrat de mariage* (1re édit., t. I, no 778; 2e édit., t. II, no 1013).

thèque, le Code va fixer maintenant les formes auxquelles il subordonne l'existence de ce droit : « L'hypothèque conventionnelle, dit d'abord l'art. 2127, ne peut être consentie que *par un acte passé en la forme authentique...* » (1) C'était, du reste, la règle de notre ancien droit français, sauf dans quelques provinces, et particulièrement en Normandie, où il était admis, par exception, que l'hypothèque résultait de tout acte sous seing privé, pourvu qu'il eût acquis date certaine, soit par le contrôle, soit par le décès de l'un des signataires.

On a souvent recherché les motifs pour lesquels l'authenticité a été requise pour le contrat hypothécaire; et, sous notre ancien droit, comme sous notre droit moderne, on a dit généralement qu'en cela le législateur aurait cédé au besoin de prévenir, ou au moins de rendre plus difficiles, les antidates et les fraudes auxquelles les actes sous seing privé se prêtent avec tant de facilité (2). Mais, selon nous, la condition d'authenticité trouve sa cause et son explication moins encore dans cette pensée de protection, à laquelle d'ailleurs le système de l'ancien droit normand aurait donné une satisfaction suffisante, que dans cette idée que toutes les hypothèques, et l'hypothèque conventionnelle elle-même comme les autres, ont une cause commune, qui est la loi d'où elles procèdent, soit directement, soit d'une manière médiate. Cette considération, qui expliquait plus haut la disposition de l'art. 2115 (voy. *suprà*, n° 322), explique ici celle de l'art. 2127 : comme l'hypothèque, à raison même de ce qu'elle a d'exceptionnel et d'exorbitant dans l'ordre des sûretés, procède de la loi, la loi ne veut pas qu'elle s'établisse sans une certaine solennité. C'est, au surplus, l'explication que l'on peut induire des observations présentées par Pothier (3).

II. — 656. Quoi qu'il en soit, la constitution d'hypothèque a besoin, pour être valable, du secours de l'authenticité Voilà le principe. Comment doit-il être entendu et appliqué?

Il est certain d'abord que l'authenticité qui ne serait que partielle ne répondrait pas à l'exigence de la loi. Il faut que l'acte authentique portant constitution d'hypothèque se suffise à lui-même. Si, par exemple, en conférant hypothèque, on omettait une énonciation nécessaire, ce serait vainement que l'on ajouterait dans un acte sous seing privé ce qui manquerait au contrat : le titre constitutif de l'hypothèque n'étant pas complet par lui-même, et ne se complétant que par relation à un autre acte contenant des énonciations nécessaires à la constitution, lequel acte est sous seing privé, l'authenticité serait incomplète, et l'acte ne vaudrait pas plus que s'il y avait absence totale d'authenticité. La

(1) Il a été dérogé à cet article, par la loi du 10 décembre 1874, sur l'hypothèque maritime. En effet, aux termes de l'art. 2, § 1er de cette loi, « le contrat par lequel l'hypothèque maritime est consentie doit être rédigé par écrit; *il peut être fait par acte sous signatures privées.* »

(2) Voy. Domat (*L. civ.*, liv. 3, tit. 1, sect. 2); Basnage (*Hyp.*, chap. 12). — Voy. aussi MM. Taulier (t. VII, p. 259); Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 471); et les Observations de la Cour d'Angers et de la Faculté de Caen (*Doc. hyp.*, t. III, p. 294, 297).

(3) Voy. Pothier (*De l'Hyp.*, n° 10). L'art. 2128 fortifie encore cette appréciation (voy. *infrà*, n° 666).

Cour de Pau s'était prononcée en sens contraire, en jugeant dans une espèce où il y avait eu ouverture de crédit *par acte privé,* jusqu'à concurrence d'une somme garantie, en partie, par une consignation de marchandises, et, pour une autre partie, par une hypothèque constituée *par un acte public,* que cette hypothèque devait être regardée comme applicable au compte courant établi sur l'ensemble du crédit. Mais, en cela, la Cour étendait l'hypothèque stipulée dans l'acte authentique à des conventions qui n'avaient été réglées que par un acte sous seing privé; son arrêt a été justement cassé par ce motif (1).

657. Il est certain encore que tout ce qui est le complément nécessaire de la constitution d'hypothèque doit participer, comme l'acte constitutif lui-même, de la forme authentique. Et ici l'on pressent que nous avons en vue la question déjà très-ancienne de savoir si le mandat donné par le débiteur pour constituer une hypothèque conventionnelle peut être consenti par acte sous seing privé, ou, en d'autres termes, si l'hypothèque constituée, même par acte public, par un mandataire muni d'une procuration sous seing privé, serait valable et efficace. Nous nous sommes déjà expliqué sur cette question, qui se présente la même à l'occasion des actes de subrogation dans l'hypothèque légale de la femme, actes pour lesquels l'authenticité a été également requise par l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 (*suprà,* n° 470). Nous ne pouvons que nous référer à nos explications sur ce point (2).

658. Mais l'indivisibilité, quant à la forme, que nous établissons entre la constitution d'hypothèque et les actes ou les énonciations qui en sont le complément nécessaire, ne doit pas être étendue hors d'une juste mesure.

Par exemple, l'acte sous seing privé, ou même une lettre missive contenant, non point une constitution, mais une simple promesse d'hypothèque, serait obligatoire. Dans une espèce où un créancier avait exprimé, par lettre, à son débiteur, le désir d'obtenir une hypothèque, et où celui-ci avait, par sa réponse, consenti à l'accorder, la Cour de Pau a justement décidé que, par ce concours de volontés, il s'était formé définitivement, entre le créancier et le débiteur, un lien de droit, une véritable obligation, et que cette obligation n'étant contraire ni aux lois, ni aux bonnes mœurs, ni à l'ordre public, elle avait produit en faveur du créancier *une action pour contraindre le débiteur à réaliser,* c'est-à-dire à constituer l'hypothèque (3). C'est évident : la simple promesse de constituer hypothèque n'est pas l'acte par lequel l'hypothèque est constituée; celui-ci seul doit être authentique aux termes

(1) Cass., 1er déc. 1852 (Dall., 54, 1, 275; S.-V., 54, 1, 93; *J. Pal*, 1854, t. I, p. 541).

(2) Ajoutons que, sur ce point, Marcadé était d'un avis contraire (voy. *Rev. crit.*, t. II, p. 199). Mais le mandat pour consentir l'hypothèque maritime serait valable en la forme d'acte sous seing privé, puisque la constitution elle-même peut être faite en cette forme d'après l'art. 2 de la loi du 10 décembre 1874 (*suprà*, n° 655, à la note).

(3) Voy. Pau, 16 juill. 1852 (S.-V., 52, 2, 417; Dall., 54, 2, 205; *J. Pal.*, 1854, t. II, p. 518). *Junge:* Req., 5 nov. 1860 (Dall., 61, 1, 301; S.-V., 61, 1, 858; *J. Pal.*, 1862, p. 425). Voy. aussi MM. Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. V, p. 179, note 4); Aubry et Rau (t. II, p. 726, 4e édit., t. III, p. 274).

de la loi; on ne voit pas comment la condition d'authenticité pourrait être étendue à celui-là.

Mais il faut au moins rester dans le cas d'une promesse d'hypothèque. Dans une autre espèce, où le débiteur, en reconnaissant avoir reçu de son créancier une somme de 21 000 francs, ajoutait « que, pour cette somme, il constituait sur tous ses biens, *et spécialement sur une ferme déterminée qui lui appartenait,* envers le créancier et ses héritiers ou ayants cause, la somme de 840 francs *de rente hypothèque,* perpétuelle, franche de retenue, etc. », le Tribunal de Neufchâtel avait considéré l'acte comme contenant une simple promesse, et l'avait déclaré valable et exécutoire, bien qu'il eût été fait sous seing privé. Mais il résultait des termes mêmes de la convention que le débiteur avait formellement *constitué* sur tous ses biens, et spécialement sur un immeuble déterminé, une somme de 840 francs de rente *hypothéquée.* C'était donc la constitution actuelle d'une hypothèque, non une simple promesse; et dès lors, comme elle était nulle, inefficace et absolument vaine à défaut d'authenticité, le Tribunal n'avait pu la considérer comme obligatoire à titre de promesse, sans lui attribuer en cela un effet contre le vœu de la loi, d'après laquelle une constitution d'hypothèque ainsi faite n'en doit produire aucun : aussi le jugement du Tribunal de Neufchâtel a-t-il été infirmé par la Cour de Rouen, dont l'arrêt infirmatif a été vainement déféré à la censure de la Cour de cassation (1).

659. Ce que nous disons de l'acte par lequel le débiteur s'engage à constituer hypothèque, il faut le dire également de l'acte par lequel le créancier, dans le cas, d'ailleurs assez rare, où l'hypothèque est constituée en son absence, accepte la constitution. On a dit cependant, et il a été jugé, que l'hypothèque établie au profit d'un tiers par un acte dans lequel celui-ci n'a pas figuré doit être acceptée par acte authentique (2). Et l'on a prétendu, pour justifier cette solution : d'une part, que, dans tout contrat, même unilatéral, deux volontés sont nécessaires pour constituer l'obligation, le contrat étant suspendu et demeurant imparfait tant que les deux volontés ne coexistent pas; d'une autre part, qu'il est nécessaire également, dans le cas où un contrat est assujetti à une forme solennelle, que l'acceptation ait le même caractère, ce qui résulterait de l'art. 932 du Code civil. Toutefois la Cour de cassation, après avoir paru accueillir ce système, a fini par l'écarter; elle a considéré que la reconnaissance pure et simple d'une dette avec affectation hypothécaire peut constituer un engagement unilatéral et être régulièrement faite par le débiteur seul; qu'aucune disposition de loi n'oblige le créancier en faveur de qui a été passée cette reconnaissance et qui veut en profiter, d'en accepter l'effet par acte notarié; que l'art. 2127 est muet à cet égard, et que l'art. 932, d'après lequel la donation entre-vifs doit, à peine de nullité, être expressément acceptée par le donataire avant la mort du donateur, contient une disposition spéciale que rien

(1) Rej., 27 août 1844 (Dall., 44, 1, 396; S.-V., 44, 1, 740; *J. Pal.,* à sa date).

(2) Voy. Rej., 21 févr. 1810. — *Junge:* Toulouse, 31 juill. 1830 (S.-V., 31, 2, 133). Voy. aussi M. Zachariæ (t. II, p. 140).

n'autorise à étendre du cas de donation qu'il prévoit à celui de constitution d'hypothèque. C'est le dernier état de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la question (1) ; et c'est la solution la plus sûre.

Notons, au surplus, que, dans ce cas, il arrive quelquefois que le notaire devant lequel l'obligation est consentie par le débiteur accepte l'hypothèque pour le créancier absent. La légalité de cet usage, quoique fort ancien, comme l'atteste un acte de notoriété du Châtelet de Paris en date du 8 mai 1716, a été cependant mise en question ; et quelques arrêts décident même que l'intervention du notaire comme partie à l'acte fait perdre à cet acte le caractère d'authenticité, bien qu'il soit unilatéral (2) : d'où résulterait qu'en pareil cas la stipulation d'hypothèque elle-même devrait être annulée. Nous ne croyons pas qu'il soit juste d'arriver à cette extrémité ; et même en supposant que l'acceptation par le notaire dans l'acte qu'il reçoit doive être considérée comme illégale, tout au plus faudrait-il dire que, s'agissant ici d'un engagement unilatéral qui peut être fait régulièrement par le débiteur seul, l'intervention du notaire et son acceptation sont des précautions surabondantes qui, comme telles, ne doivent pas vicier la convention ou l'engagement principal. Cela est implicitement reconnu par un arrêt de la Cour de cassation : à la vérité, cet arrêt déclare nul comme acte notarié, et insusceptible dès lors de conférer hypothèque, un contrat dans lequel le notaire était intervenu personnellement. Mais l'acte n'est annulé que parce que le notaire s'y était indiqué comme ayant, au nom du créancier absent, consenti au prêt et à ses conditions, compté les fonds à l'emprunteur, et stipulé l'hypothèque (3). Si, au lieu d'agir ainsi à la fois comme officier public et comme partie, soit à titre de mandataire, soit à titre de *negotiorum gestor*, le notaire s'en fût tenu à accepter l'hypothèque, on peut induire des termes de l'arrêt que cela n'eût pas suffi pour priver le contrat hypothécaire de son efficacité (4).

660. Enfin, nous dirons encore qu'il n'y a pas indivisibilité, quant à la forme, entre la constitution d'hypothèque et l'acte ultérieur par lequel le créancier liquide sa créance, lorsque l'obligation à la sûreté de laquelle l'hypothèque a été affectée était conditionnelle, éventuelle ou indéterminée. Mais nous revenons là-dessus dans notre commentaire des art. 2129 et suivants (voy. *infrà*, n° 714) ; et, sans insister davantage sur des observations qui font suffisamment apprécier la mesure dans laquelle l'authenticité est requise pour la validité du contrat hypothécaire, nous compléterons nos réflexions sur notre article en recherchant en quoi doit consister précisément l'authenticité.

---

(1) Voy. Rej., 5 août 1839 (S.-V., 39, 1, 753 ; Dall., 39, 1, 310 ; *J. Pal.*, à sa date ; Req., 4 déc. 1867 (*J. Pal.*, 1868, p. 628 ; S.-V., 68, 1, 252). — *Junge :* Paris, 22 avr. 1835 ; Lyon, 9 mai 1837.

(2) Voy. l'arrêt cité de la Cour de Toulouse, du 31 juill. 1830. — *Junge :* Rouen, 2 févr. 1829.

(3) Rej., 3 août 1847 (*J. Pal.*, 1847, t. II, p. 628 ; Dall., 47, 1, 305 ; S.-V., 47, 1, 725).

(4) *Comp.* cependant Cass., 11 juill. 1859 (S.-V., 59, 1, 551 ; *J. Pal.*, 1859, p. 775 ; Dall., 59, 1, 401). Voy. aussi Grenoble, 8 juill. 1858 (*J. Pal.*, 1860, p. 66 ; S.-V., 60, 2, 188 ; Dall., 59, 1, 84).

III. — 661. A cet égard, il est évident, par le texte même, que tout acte public et authentique n'est pas susceptible de contenir une stipulation d'hypothèque. En effet, après avoir dit que l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par un acte en forme authentique, l'art. 2127 précise aussitôt que l'acte doit être passé « devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins. » Ainsi l'acte authentique qui seul peut contenir la stipulation d'une hypothèque conventionnelle est l'*acte notarié;* c'est la volonté formelle de la loi.

Toutefois, on a assimilé à l'acte notarié l'acte sous seing privé portant constitution d'hypothèque, lorsque cet acte a été déposé chez un notaire, qui a dressé procès-verbal du dépôt. « Les actes sous signature privée, dit Pothier, lorsqu'ils sont déposés chez un notaire, et reconnus par les parties qui les ont souscrits, produisent hypothèque du jour de l'acte de reconnaissance qu'en dresse le notaire; car, quoique ces actes sous signature privée ne soient par eux-mêmes munis d'aucune autorité publique qui puisse produire l'hypothèque, ils le deviennent par l'acte de reconnaissance qui en est fait par-devant notaire. » (1) On a dit que notre article ne permettrait pas aujourd'hui d'admettre cette décision, et qu'il faudrait, pour que l'hypothèque fût valablement conférée en ce cas, que l'acte de dépôt en contînt lui-même la constitution expresse (2). Mais cette appréciation est généralement repoussée (3), et la preuve qu'elle manque d'exactitude ressort de la discussion même dont notre article a été l'objet au conseil d'État. M. Duchâtel demandait qu'on fît par notre article, pour les reconnaissances de signatures devant notaire, ce qui est admis par l'art. 2123 pour les reconnaissances faites en jugement (*suprà,* n° 589). L'amendement fut écarté. Pourquoi? Pour écarter la proposition elle-même? Nullement. M. Berlier fit remarquer qu'il n'y avait point de motif pour adopter l'amendement; car, disait-il, « s'il s'agit d'un titre sous seing privé que toutes les parties intéressées aient porté à un notaire pour lui donner la forme authentique par la transcription, l'annexe ou une nouvelle rédaction, *l'article en discussion suffit,* puisque l'acte notarié donne ouverture à l'hypothèque, et, dès ce moment, elle peut être acquise en observant les formalités prescrites par la loi. » Et M. Treilhard, insistant là-dessus, ajouta « que les actes sous seing privé, ainsi reconnus, *deviennent des actes devant notaires,* pourvu que la reconnaissance ait lieu de la part de ceux contre lesquels ils font preuve; que seulement, s'ils n'étaient déposés que par une des parties, à moins que ce ne fût le débiteur, la reconnaissance ne serait pas complète. » (4) Ainsi l'amendement a été écarté non point comme contraire au principe de l'art. 2127, mais comme inutile et surabondant, en ce que le texte

---

(1) Voy. Pothier (*De l'Hyp.*, n° 19).

(2) Voy. MM. Delvincourt (t. III, p. 159, note 4); Bugnet, sur Pothier (*loc. cit.*).

(3) Voy. MM. Grenier (t. I, n°s 67, 68); Merlin (*Rép.*, v° Hyp., sect. 2, § 3, art. 6); Persil (art. 2127, n° 3); Duranton (t. XIX, n° 361); Zachariæ (t. II, p. 140, note 14); Taulier (t. VII, p. 259); Troplong (n° 506); Dalloz (v° Hyp., p. 194, n°s 4 et 5); Aubry et Rau (t. II, p. 724, note 39; 4e édit., t. III, p. 273, note 43).

(4) Voy. Locré (t. XVI, p. 254); Fenet (t. XV, p. 360, 361).

même étendu à ses conséquences logiques répondait à la proposition. Les rédacteurs de la loi ont donc admis et reconnu l'assimilation faite par Pothier de l'acte sous seing privé déposé chez un notaire par la partie qui l'a souscrit à l'acte notarié lui-même; et il est permis encore aujourd'hui de dire, même en présence de notre article, que le simple dépôt chez un notaire d'un acte sous seing privé portant constitution d'hypothèque, alors même qu'il ne reproduit pas la constitution, suffit pour assurer tout son effet à la stipulation d'hypothèque. La jurisprudence, au surplus, s'est fixée en ce sens (1).

Mais on remarquera que, dans la pensée des rédacteurs de la loi, le dépôt de l'acte sous seing privé chez un notaire ne peut avoir pour effet de vivifier la stipulation d'hypothèque qu'autant qu'il est fait par les parties conjointement, ou tout au moins par le débiteur. Si donc il était fait par le créancier seul, sans le concours et la reconnaissance du débiteur, il serait inefficace relativement à l'hypothèque. La Cour de Caen a néanmoins considéré l'acte de dépôt fait par le créancier seul comme suffisant (2). Mais, dans l'espèce, le dépôt avait été ainsi fait par suite d'une clause de l'acte sous seing privé portant que, « pour le reconnaître et déposer devant notaires et le faire revêtir des formalités voulues par la loi, les parties se donnent réciproquement pouvoir, en présence comme absence, sans qu'il soit besoin d'intimation. » Dans ces circonstances, on a cru pouvoir considérer que, par l'effet du mandat que s'étaient donné les parties, le dépôt, quoique fait par le créancier seul, était fait en réalité par les deux parties conjointement. Et nous comprenons qu'à ce point de vue la décision ait été approuvée, notamment par ceux qui pensent que l'hypothèque est valablement constituée par un mandataire auquel le mandat aurait était donné même par acte sous seing privé (3). Pour nous qui, sur ce dernier point, sommes d'un avis différent (*suprà*, n° 657), nous y voyons plus de difficulté; et sous ce rapport, l'arrêt de la Cour de Caen ne nous semble pas absolument à l'abri de la critique.

662. Quoi qu'il en soit, de ce que la stipulation d'hypothèque exige le ministère du notaire pour sa validité, on conclut avec raison que le procès-verbal de conciliation devant un juge de paix, lequel n'entraîne pas l'hypothèque judiciaire, comme nous l'avons dit plus haut (voy. n° 588), alors même qu'il contient des reconnaissances d'écrits sous seing privé, des aveux ou des conventions, constaterait inutilement la constitution d'une hypothèque conventionnelle. D'ailleurs l'art. 54 du Code de procédure le dit virtuellement, en exprimant que les conventions des parties, insérées au procès-verbal, *ont force d'obligation privée*.

663. De même, les actes des fonctionnaires administratifs, passés

---

(1) Req., 6 avr. 1809 et 25 févr. 1824; Rej., 11 juill. 1815 et 15 févr. 1832 (Dall., *loc. cit.*, p. 196 et suiv.; S.-V., 32, 1, 792).
(2) Voy. Caen, 22 juin 1824 (Dall., 25, 2, 142; *J. Pal.*, à sa date; S.-V., Coll. nouv., 7, 2, 386).
(3) Voy. M. Troplong (n° 506).

dans le cercle de leur compétence, quoiqu'ils soient authentiques, ne peuvent pas cependant contenir utilement une stipulation d'hypothèque conventionnelle : ce ne sont pas des actes notariés. Le conseil d'État lui-même a été amené, par suite de conflit, à faire l'application du principe. Dans l'espèce, il s'agissait d'un acte de remplacement militaire passé devant le préfet de la Seine, le 13 septembre 1806, et par lequel le remplacé s'obligeait à payer au remplaçant une somme de 4400 francs, garantie par une hypothèque sur une maison située à Paris. Le Tribunal de la Seine ayant rejeté, dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix de cette maison, la collocation du remplaçant, en ce que son titre, bien qu'authentique, n'avait pas été passé par-devant notaire, le préfet de la Seine prit, sur l'appel, un arrêté de conflit par lequel il revendiqua l'affaire. Mais le conseil d'État considéra l'affaire comme étant du ressort des tribunaux, et, en prononçant l'annulation de l'arrêté préfectoral, il déclara expressément, dans les motifs de sa décision, « que, pour acquérir l'hypothèque conventionnelle, le remplaçant devait passer l'acte dont il s'agit *par-devant notaire.* » (1)

Pourtant, le principe n'a pas été toujours aussi nettement consacré par la jurisprudence, et même par celle des tribunaux civils, en matière de baux et de marchés administratifs.

Quant aux baux, ils étaient régis d'abord, sous le rapport qui nous occupe, par l'art. 14, tit. 2, de la loi du 23 octobre 1790, qui portait : « Le ministère des notaires ne sera nullement nécessaire pour la passation desdits baux, ni pour tous les actes d'administration. Ces actes, ainsi que les baux, seront sujets au contrôle, et ils emporteront hypothèque et exécution parée. » C'était un écho des principes qui dominaient dans la législation de l'époque, laquelle, comme nous l'avons dit déjà plusieurs fois, faisait résulter de plein droit de l'acte notarié une hypothèque conventionnelle grevant tous les biens immeubles du débiteur : la loi de 1790 attachait aux baux administratifs cet effet qui était attribué aux actes des notaires par la loi générale. Mais la loi de brumaire an 7 étant survenue, et ayant disposé que l'hypothèque conventionnelle résulterait désormais de l'*acte notarié,* il s'est élevé aussitôt une question qui, en réalité, en comprenait deux : il s'est agi de savoir d'abord si les baux administratifs emporteraient une hypothèque conventionnelle de *plein droit,* et ensuite, en supposant la négative, si l'hypothèque pourrait, même sous l'empire de la loi nouvelle, être stipulée dans des actes qui s'accomplissaient sans le ministère du notaire. La jurisprudence avait vu à cela de graves difficultés, et tandis que quelques arrêts se prononçaient affirmativement sur le premier point (2), d'autres se refusaient à aller jusque-là, et, se rattachant au second point, décidaient que l'hypothèque ne pourrait résulter de ces actes qu'autant qu'elle y aurait été stipulée avec désignation des biens affectés (3). A notre avis, les deux solutions étaient également inexactes; elles trou-

(1) La décision est du 29 mai 1811 (voy. M. Dalloz, v° Hyp., p. 195, note 1).
(2) Paris, 6 mess. an 10 (voy. M. Dalloz, v° Hyp., p. 196).
(3) Voy. Bruxelles, 27 août 1807; Rej., 3 juill. 1817 (Dall., v° Hyp., p. 169).

vaient l'une et l'autre leur condamnation dans l'abrogation générale et absolue, par la loi du 11 brumaire an 7, « de toutes les lois, coutumes et usages antérieurs sur les *constitutions d'hypothèques* (art. 56). » En présence de cette disposition si formelle, qui faisait de la loi de brumaire le code hypothécaire embrassant le régime tout entier, et le gouvernant dans son ensemble et dans tous ses détails, il fallait reconnaître que désormais les baux administratifs n'emportaient plus l'hypothèque conventionnelle de plein droit; et non-seulement cela, mais encore que ces actes n'étant pas *notariés,* n'étaient même pas susceptibles de contenir une stipulation d'hypothèque conventionnelle. Et ce qu'il fallait dire sous l'empire de la loi de brumaire, il faut le dire aujourd'hui sous l'empire du Code civil, et à bien plus forte raison, puisque ce Code n'admet plus d'hypothèque conventionnelle *sous-entendue*, et que, d'après ses dispositions formelles, l'hypothèque, au lieu de résulter de plein droit de l'acte *notarié* lui-même, n'existe plus qu'à la condition d'être expressément stipulée (1).

Quant aux marchés administratifs pour entreprises de fournitures et constructions, nous trouvons une disposition analogue à celle de la loi du 23 octobre 1790, dont nous venons de parler, dans la loi du 4 mars 1793, dont l'art. 3 dispose que « quoique les marchés soient passés par des actes sous signatures privées, la nation aura néanmoins hypothèque sur les immeubles appartenant aux fournisseurs et à leurs cautions, à compter du jour où les ministres auront accepté les marchés. » C'était encore ici une application des principes en vigueur dans la législation de l'époque sur le régime hypothécaire; la loi spéciale étendait aux marchés administratifs la faveur que la loi générale accordait aux actes notariés, et elle faisait résulter l'hypothèque conventionnelle de ces marchés, même sous seing privé, à compter du jour où l'acceptation par les ministres venait leur donner un certain caractère d'authenticité. Donc, il faut dire ici, comme nous le disions tout à l'heure à propos des baux administratifs, que les dispositions de la loi spéciale n'ont pas survécu à la loi générale, et qu'en présence du texte précis de la loi de brumaire et surtout du Code civil, les marchés administratifs ont cessé d'emporter hypothèque de plein droit, et que même, passés en la forme administrative, ils n'ont plus été susceptibles de contenir la stipulation d'hypothèque. La Cour de Pau s'était prononcée en ce sens dans un arrêt dont les motifs étaient rigoureusement déduits (2).

---

(1) Du reste, la difficulté n'est plus susceptible de se produire, en ce qui concerne les baux passés par les établissements publics de bienfaisance; car un décret du 12 août 1807 dispose, par son art. 1er, « qu'à compter de la publication dudit décret, les baux à ferme des hospices et autres établissements publics de bienfaisance ou d'instruction publique, pour la durée ordinaire, seront faits aux enchères, par-devant un notaire qui sera désigné par le préfet du département, et *le droit d'hypothèque sur tous les biens du preneur y sera stipulé par leur designation, conformément au Code Napoléon.* » Tout est tranché par ce texte, qui, d'une part, revient au ministère des notaires pour les baux qu'il a en vue, et, d'une autre part, se réfère au Code civil pour la constitution de l'hypothèque. La question ne subsiste donc (si tant est qu'il puisse y avoir question) que pour les autres baux passés en la forme administrative.

(2) Pau, 16 juin 1832 (S.-V., 32, 2, 572; Dall., 33, 2, 95; *J. Pal.*, à sa date).

Mais ce n'est pas l'avis dominant dans la jurisprudence; la Cour de Paris a jugé en sens contraire, et la Cour suprême elle-même, devant laquelle l'arrêt de la Cour de Pau a été attaqué, en a prononcé la cassation (1). Pourquoi? « Parce que de la combinaison des art. 14 de la loi du 28 octobre 1790, 1[er] et 3 de la loi du 4 mars 1793 et 2127 du Code civil, il résulte que le ministère des notaires n'est point nécessaire pour les marchés passés avec l'administration, et que les actes administratifs contenant les stipulations relatives auxdits marchés emportent hypothèque; que, dans l'espèce, il s'agit de la validité d'une inscription prise par le préfet du département des Basses-Pyrénées, au sujet de l'adjudication faite au sieur N... pour la construction d'un lazaret maritime à Bayonne, suivant sa soumission acceptée par le conseil de préfecture de ce département, et qu'*ainsi,* quoique l'acte ne soit pas notarié, *il est hors de doute* que l'inscription est valable. » L'arrêt n'en dit pas davantage! Ainsi, la question est de savoir si, en présence de l'art. 2127, dont les termes formels n'admettent d'autre hypothèque conventionnelle que celle qui est stipulée *dans un acte notarié,* il y a lieu de considérer comme subsistante la disposition de la loi spéciale de 1793, qui attachait l'hypothèque conventionnelle aux marchés administratifs, même passés par des *actes sous signature privée;* et l'arrêt répond qu'il résulte *de la combinaison des deux textes* que le ministère des notaires n'est pas nécessaire pour les marchés administratifs, *et que ces marchés emportent hypothèque!* La question est de savoir si l'on a pu prendre utilement inscription pour une hypothèque conventionnelle stipulée dans un acte passé sous seing privé; et l'arrêt répond qu'il est *hors de doute* que l'inscription est valable, quoique l'acte ne soit pas notarié! Certes, quelque grande que soit l'autorité qui s'attache si justement aux décisions de la Cour suprême, il est difficile de se rendre devant celle-ci et d'y voir autre chose qu'une continuelle pétition de principe.

Nous maintenons donc notre solution, et, nous renfermant dans la disposition énergiquement prohibitive de notre article, nous répétons avec lui qu'il n'y a désormais d'hypothèque conventionnelle possible que celle qui est consentie par acte passé en forme authentique devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins (2).

664. Du reste, il faut que l'acte notarié soit régulier en la forme; s'il était entaché d'un vice quelconque, s'il était nul comme acte notarié et réduit à ne valoir que comme acte sous seing privé (C. civ., art. 1318), la stipulation d'hypothèque y aurait été par cela même

---

(1) Paris, 29 mai 1830; Cass., 12 janv. 1835 (S.-V., 30, 2, 230; 35, 1, 11; Dall., 35, 1, 87; *J. Pal.*, à leur date).

(2) Voy., en ce sens, MM. Zachariæ (§ 266, note 11); Battur (t. II, n° 378); Troplong (n° 305 *bis*). — Mais voy. MM. Favard (v° Hyp., sect. 2, § 3, n° 8, et v° Louage, sect. 1, § 4); Grenier (n°s 9 et suiv.); Duranton (t. XIX, n° 360); Foucart (*Droit admin.*, t. II, n° 1117). *Comp.* MM. Aubry et Rau, d'après lesquels les actes administratifs seraient encore susceptibles de contenir des stipulations d'hypothèque dans les termes de l'art. 2129, mais ne produiraient plus de plein droit ni une hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir du débiteur, ni même une hypothèque spéciale sur ses biens présents (t. II, p. 727, note 50; 4[e] édit., t. III, p. 275, note 55).

inutilement faite, puisque précisément alors l'acte se trouverait destitué du caractère d'authenticité.

Nous n'en saurions dire autant du cas où l'acte reçu par le notaire n'aurait pas été suivi de la formalité de l'enregistrement. C'est par l'oubli le plus évident des principes établis par la loi du 22 frimaire an 7 sur l'enregistrement, et en méconnaissant le but de la formalité, que plusieurs auteurs, même des plus accrédités, ont pu dire que l'acte notarié non enregistré est insuffisant pour conférer hypothèque (1). Il en pouvait être ainsi sous l'empire de la loi de 1790, parce qu'alors l'enregistrement avait pour objet d'assurer l'existence des actes reçus par les notaires et d'en constater la date (art. 2), et qu'à ce point de vue l'art. 9 ajoutait « qu'à défaut d'enregistrement dans les délais fixés, un acte passé devant notaire *ne pourrait valoir que comme acte sous signature privée*... » Mais aujourd'hui nous avons, d'une part, la loi du 22 frimaire an 7, dont l'art. 73 abroge d'une manière absolue toutes les lois rendues sur les droits d'enregistrement, et dont l'art. 33 se borne à prononcer une simple amende contre le notaire qui a négligé de présenter à la formalité l'acte par lui reçu. D'une autre part, nous avons la loi du 25 ventôse an 11, spéciale au notariat, dont l'article 1er dispose que « les notaires sont des fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions. » Il résulte avec évidence de l'ensemble de ces dispositions que l'*authenticité* de l'acte reçu par le notaire, aussi bien que la fixité de la date, est aujourd'hui absolument indépendante de la formalité de l'enregistrement. D'où il suit que la stipulation d'hypothèque conventionnelle faite dans un acte notarié est valable et parfaitement efficace, bien que cet acte n'ait pas été enregistré.

665. Ce serait également ajouter à la loi de dire, avec quelques auteurs, que la constitution d'hypothèque serait nulle si l'acte notarié qui la constate avait été reçu en brevet (2). Il sera prudent assurément de faire la constitution d'hypothèque par acte dont il soit gardé minute; il y a dans l'affectation réelle résultant de la constitution d'hypothèque quelque chose d'assez grave pour qu'il soit bon de prendre toutes les précautions propres à prévenir les fraudes. C'est par ce motif que, dans les projets de réforme préparés en 1841, quelques Facultés étaient d'avis qu'il fût exigé, à peine de nullité, que l'acte notarié dont il s'agit ici fût toujours passé avec minute (3). Mais enfin l'art. 2127 ne dit pas de la constitution d'hypothèque, comme l'art. 931 dit des actes

---

(1) Voy. MM. Grenier (t. I, n° 17); Merlin (*Rép.*, v° Enregistr., § 4).

(2) Voy. MM. Duranton (t. XIX, n° 357; t. XX, n° 98); Martou (n° 1057).

(3) Voy. *Doc. hyp.* (t. III, p. 297 et 299). — Dans les discussions de 1851 sur la réforme hypothécaire, on était tombé d'accord pour dire, au contraire, dans la loi, que les obligations notariées, soit qu'elles continssent, soit qu'elles ne continssent pas constitution d'hypothèque, *pourraient* être passées en brevet (voy. l'art. 2117 du projet préparé pour la troisième délibération).

portant donation, qu'il en restera minute à peine de nullité. Il est vrai qu'aux termes de l'art. 2127 l'hypothèque ne peut être consentie que par acte passé devant notaire, et que suivant les art. 20 et 68 de la loi du 25 ventôse an 11 sur le notariat, les notaires sont tenus de garder minute de tous les actes qu'ils reçoivent et ce à peine de nullité de l'acte. Mais l'art. 20 ajoute : « Ne sont néanmoins compris dans cette disposition les actes simples qui, d'après les lois, peuvent être délivrés en brevet. » Or, il s'induit du texte de l'art. 2148 du Code civil, que précisément la constitution d'hypothèque est l'un de ces actes qui peuvent être délivrés en brevet. C'est ce que nous avons fait remarquer dans le commentaire de ce dernier article, où nous sommes revenu sur la question (*infrà,* n° 942) (1).

IV. — 666. Il nous reste, pour en finir sur la forme des actes portant constitution d'hypothèque, à dire quelques mots des contrats passés en pays étranger. L'art. 2128 dit à cet égard que ces contrats ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités. Nous trouvons là une justification nouvelle des motifs sur lesquels la disposition de l'art. 2127 nous a paru fondée (voy. *suprà,* n° 655). Il est clair que si l'authenticité n'eût été exigée pour la constitution d'hypothèque qu'en vue de prévenir les antidates et la fraude, il n'y aurait pas eu même de prétexte pour exclure les contrats passés en pays étranger. La qualité de personnes publiques qu'ont les notaires étrangers dans les lieux où ils sont établis donne à leurs actes une espèce d'*autorité de créance* qui doit faire ajouter foi à ce qui s'y trouve convenu (2), et cela aurait répondu à l'objet de la loi. Mais si l'authenticité a été exigée principalement par le motif que l'hypothèque, même conventionnelle, a dans la loi sa cause, sinon directe, au moins médiate, la disposition de notre article s'explique jusqu'à un certain point : l'hypothèque étant l'œuvre de la loi française, le législateur n'admet pas qu'elle puisse s'établir autrement que par le secours et sous l'autorité de la loi française.

Néanmoins, il faut reconnaître que, même à ce point de vue, notre article a dépassé la juste mesure. A tout prendre, il aurait pu dénier aux contrats étrangers portant stipulation d'hypothèque l'*exécution* dans laquelle se résout le contrat hypothécaire, ou au moins étendre à l'hypothèque conventionnelle la disposition de l'art. 2123 relative à l'hypothèque résultant des jugements rendus par les tribunaux étrangers. Mais il est allé beaucoup au delà : il a refusé tout effet à la stipulation d'hypothèque, et n'a pas reconnu l'existence même de la consti-

---

(1) La question s'est présentée, pour la première fois en jurisprudence, devant la Cour d'Alger, qui l'a résolue en ce sens par arrêt du 7 mai 1870 (S.-V., 71, 2, 105; *J. Pal.*, 1871, p. 334; Dall., 71, 2, 1). C'est l'avis de la généralité des auteurs. Voy. MM. Rolland de Villargues (*Rép.*, v° Brevet, n°s 11 et 12); Sebire et Carteret (*Encycl.*, *eod. verb.*, n° 11); Taulier (t. VII, p. 261); Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. V, p. 178, note 27); Aubry et Rau (4e édit., t. III, p. 273, note 46); Lyon-Caen (S.-V. et *J. Pal.*, *loc. cit.*, aux notes).

(2) Voy. Pothier (*De l'Hyp.*, n° 11, et *Cout. d'Orléans*, tit. 20, n° 9).

tution; il a reproduit, en un mot, l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, dans la disposition relative « aux contrats ou obligations reçus *ès royaumes et souverainetés étrangères* pour quelque cause que ce soit », lesquels n'avaient, d'après l'ordonnance, aucune hypothèque en France (voy. *suprà*, n° 585).

Or, dans ces termes, la disposition de notre article est manifestement exagérée. Elle est sans base aucune quand on l'envisage au point de vue des principes généraux du droit. Car il est certain que des contrats et des actes conférant des droits bien autrement importants que le simple droit d'hypothèque, par exemple la vente, le testament, le contrat de mariage, sont admis comme valables par la loi française, quoique passés à l'étranger, s'ils ont été faits dans des formes analogues à celles que la loi française établit, et d'où elle fait dépendre leur efficacité. Encore moins la disposition est-elle fondée sur les principes du droit international; car, ainsi que le disait la Cour de Pau dans l'enquête administrative de 1841, tous les peuples sont intéressés à faire respecter les engagements, en quelque pays qu'ils aient été contractés, lorsqu'ils ne sont d'ailleurs contraires ni à la loi, ni aux mœurs, ni à l'ordre public.

Aussi, à toutes les époques où il a été question de la réforme du régime hypothécaire en France, a-t-on proposé de modifier la disposition de notre article, et de le ramener à des conditions susceptibles de concilier plus équitablement l'intérêt privé avec les droits de la puissance publique, en le rédigeant dans l'esprit qui a inspiré la disposition de l'art. 2123 (1). C'est aussi dans ce sens que notre article a été modifié pour la Belgique, par la loi belge du 16 décembre 1851 (2).

667. Mais ces projets de réforme n'ont pas abouti en France. En conséquence, dans l'état actuel de la législation, il y a deux situations à distinguer : ou il existe, entre la France et le pays étranger dans lequel a été reçu le contrat portant constitution d'hypothèque, des lois politiques ou des traités d'après lesquels ces contrats sont susceptibles de produire hypothèque en France, ou bien il n'existe ni traités ni lois de cette nature.

S'il n'y a ni lois politiques françaises, ni traités, la stipulation d'hypothèque faite dans un contrat étranger sera destituée de toute espèce d'efficacité en France. Le créancier ne pourra pas même s'en autoriser pour se présenter devant un tribunal français, à l'effet de faire apposer à son contrat la formule exécutoire, puisque ce serait arriver par un détour à faire résulter l'hypothèque conventionnelle d'un contrat qui, étant passé à l'étranger, ne peut pas, par cela même, être reconnu en France comme titre constitutif d'hypothèque. Dès lors, le créancier qui voudrait prendre inscription sur les biens de son débiteur situés en France n'aurait d'autre moyen que celui d'assigner ce dernier en justice, et d'obtenir contre lui un jugement de condamnation en vertu du-

---

(1) Voy. *Doc. hyp.* (t. III, p. 300, 301, 303, 304 et 305). — Voy. aussi l'art. 2118 du projet préparé en 1851 pour la troisième délibération.

(2) Voy. le *Comm. législ.* de M. Delebecque (p. 277) et M. Martou (t. III, p. 90).

quel l'inscription serait ensuite requise. Mais l'hypothèque alors procéderait du jugement, et non du contrat passé à l'étranger : ce serait une hypothèque judiciaire et générale, et non une hypothèque conventionnelle et spéciale.

Au contraire, dans le premier cas, le contrat, quoique passé à l'étranger, permettra au créancier, pourvu qu'il appartienne à la nation sur le territoire de laquelle l'hypothèque a été constituée, et non à une autre au profit de laquelle il n'y aurait pas les traités ou les lois politiques dont nous supposons l'existence (1), de prendre inscription sur les immeubles de son débiteur situés en France. La seule question qui s'élève dans ce cas est de savoir si l'hypothèque serait efficace ou utilement inscrite sur les immeubles de France, quand même la constitution faite à l'étranger ne se présenterait pas dans les conditions imposées par la loi française : par exemple, si elle manquait du caractère de *spécialité* dont nous allons parler sous les articles suivants. Quelques auteurs ont pensé que, si la spécialité n'est pas exigée par la loi étrangère sous l'empire de laquelle la stipulation a été faite, l'hypothèque vaudra en France, parce que précisément l'effet des traités ou des lois politiques supposés est de reconnaître les contrats passés conformément à la loi étrangère, et de permettre, par extension, qu'ils reçoivent leur exécution sur le territoire français (2). Peut-être cette solution n'est-elle pas la meilleure; car, même à l'étranger, l'hypothèque dont il s'agit est une hypothèque française. Et comment la constituer autrement que conformément aux lois françaises? Mais, en définitive, la question est sans intérêt dans la pratique, parce que s'il existe des traités sur le point qui nous occupe, ils fixent nécessairement ce qu'il y a à faire dans chaque pays pour que la constitution d'hypothèque soit exécutée dans l'autre.

2129. — Il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui, soit dans le titre constitutif de la créance, soit dans un acte authentique postérieur, déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance. Chacun de tous ses biens présents peut être nominativement soumis à l'hypothèque.

Les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués (3).

2130. — Néanmoins, si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il peut, en exprimant cette insuffisance, consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite, y demeure affecté à mesure des acquisitions.

---

(1) Voy. Rej., 10 mai 1831 (Dall., 31, 1, 168; S.-V., 31, 1, 195).

(2) Voy. MM. Persil (art. 2128, n° 4); Delvincourt (t. III, p. 159, note 5); Dalloz (v° Hyp., p. 195, n° 14).

(3) La loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime a dérogé à cet article, par son art. 5, d'après lequel « l'hypothèque maritime peut être constituée sur un navire en construction... » (Voy. *infrà*, n° 701 *bis*.)

2131. — Pareillement, en cas que l'immeuble ou les immeubles présents, assujettis à l'hypothèque, eussent péri, ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci pourra ou poursuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque (1).

2132. — L'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie, est certaine et déterminée par l'acte : si la créance résultant de l'obligation est conditionnelle pour son existence, ou indéterminée dans sa valeur, le créancier ne pourra requérir l'inscription dont il sera parlé ci-après, que jusqu'à concurrence d'une valeur estimative par lui déclarée expressément, et que le débiteur aura droit de faire réduire, s'il y a lieu.

2133. — Voy. *suprà*, nos 404 et suiv.

2163. — Peuvent aussi être réduites comme excessives, les inscriptions prises d'après l'évaluation faite par le créancier, des créances qui, en ce qui concerne l'hypothèque à établir pour leur sûreté, n'ont pas été réglées par la convention, et qui, par leur nature, sont conditionnelles, éventuelles ou indéterminées.

2064. — L'excès, dans ce cas, est arbitré par les juges, d'après les circonstances, les probabilités des chances et les présomptions de fait, de manière à concilier les droits vraisemblables du créancier avec l'intérêt du crédit raisonnable à conserver au débiteur; sans préjudice des nouvelles inscriptions à prendre avec hypothèque du jour de leur date, lorsque l'événement aura porté les créances indéterminées à une somme plus forte.

SOMMAIRE.

I. 668. De la spécialité de l'hypothèque. Ce principe est nouveau dans la législation française. — 669. Les premiers projets du Code avaient proposé d'admettre en principe la généralité de l'hypothèque conventionnelle. Dangers de ce système. Comment on est revenu au système contraire. — 670. La spécialité résulte d'une double indication, celle de l'immeuble hypothéqué et celle de la créance garantie.

II. 671. De la spécialité quant au gage hypothécaire. Nécessité de déclarer la nature et la situation de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque. Les biens à venir ne peuvent être hypothéqués. — 672. Les indications essentielles à la spécification de l'immeuble doivent être faites dans l'acte de constitution. Il ne pourrait y être suppléé dans l'inscription. — 673. Comment s'indiquent la *nature* et la *situation* de l'immeuble. — 674. La nature et la situation de *chacun* des immeubles hypothéqués doivent être signalées. Donc, serait insuffisante l'énonciation de tous

(1) L'art. 17 de la loi sur l'hypothèque maritime contient, à cet égard, de très-notables innovations. Aux termes de cet article, les droits des créanciers, en cas de perte ou d'innavigabilité du navire, s'exercent sur les choses sauvées ou sur leur produit, alors même que les créances ne seraient pas encore échues, et, dans l'ordre des inscriptions, sur le produit des assurances qui auraient été faites par l'emprunteur sur le navire hypothéqué; — les créanciers inscrits ou leurs cessionnaires peuvent, de leur côté, faire assurer le navire pour la garantie de leurs créances, et les assureurs avec lesquels ils ont contracté l'assurance sont, lors du remboursement, subrogés à leurs droits contre le débiteur. (Voy., pour le commentaire, *infrà*, n° 701 *bis*.)

les immeubles appartenant au débiteur dans tel arrondissement, dans tel canton. — 675. La question de savoir si la désignation est suffisante est purement de fait. — 676. La spécialité n'empêche pas que tous les immeubles du débiteur soient compris dans la constitution d'hypothèque, pourvu que chacun y soit désigné. — 677. Mais la constitution ne peut comprendre les biens à venir. — 678. Et une pareille constitution d'hypothèque générale ne donnerait pas au créancier le droit de réclamer de son débiteur une hypothèque spéciale. — 679. La règle de la spécialité, au point de vue du gage hypothécaire, souffre certaines limitations.

III. 680. Première exception : Quand les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il peut, en exprimant l'insuffisance, consentir que chacun des immeubles qu'il acquerra par la suite y demeure affecté à mesure des acquisitions (art. 2130). — 681. Critiques dont cette règle a été l'objet : examen et discussion. — 682. Trois conditions sont nécessaires à l'application de la règle. — 683. Il faut : 1° que les immeubles présents soient insuffisants, ou que la portion non grevée de ces immeubles soit insuffisante ; — 684. 2° que l'insuffisance soit déclarée; à défaut de déclaration, il n'y aurait de nullité que pour la constitution sur les biens à venir; si la déclaration est fausse, les créanciers peuvent faire annuler l'hypothèque sur les biens à venir; — 685. 3° Que le débiteur consente que chacun des biens à venir soit affecté à mesure des acquisitions. Mais ils ne seront affectés que par des inscriptions prises successivement : controverse. — 686. L'hypothèque sur les biens à venir ne cesse pas d'être conventionnelle et ne s'exerce que subsidiairement. — 687. — Donc elle ne peut pas être réduite dans les termes de l'article 2161. — 688. Elle ne peut avoir lieu que si le débiteur a des biens présents.

IV. 689. Deuxième exception : Si les immeubles grevés ont péri ou sont devenus insuffisants, le créancier peut ou poursuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque (art. 2131). — 690. La loi suppose deux choses : une créance à terme, et l'insuffisance du gage survenue par la perte totale ou partielle de l'immeuble. — 691. Si la créance est échue, le créancier ne peut plus qu'agir en condamnation pour avoir l'hypothèque judiciaire. — 692. La loi a eu en vue le cas où l'immeuble grevé périt en tout ou en partie sans la faute du débiteur. S'il y avait faute, on appliquerait l'art. 1188. — 693. Il faut, en outre, 1° qu'il s'agisse d'une perte ou d'une dégradation matérielle; 2° que le gage soit devenu insuffisant depuis la formation du contrat; 3° que l'insuffisance soit le résultat d'événements que le créancier n'a pas dû prévoir. — 694. *Quid* si le débiteur a consenti la vente totale ou partielle des immeubles hypothéqués? Si la vente a lieu pour un prix qui couvre la créance en principal et accessoires, le créancier ne peut exiger son remboursement immédiat; sinon, ce droit lui est ouvert. — 695. Dans le cas de l'art. 2131, le créancier n'a le droit d'exiger le remboursement immédiat que si le débiteur n'offre pas de compléter l'hypothèque. — 696. Le supplément ainsi fourni forme une hypothèque nouvelle qui ne prend date que du jour de l'inscription. — 697. A défaut de supplément fourni sur des biens actuels, la créance devient exigible, soit que le débiteur n'ait pas pu, soit qu'il n'ait pas voulu le fournir. — 698. En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique de l'immeuble grevé, le débiteur qui a terme ne pourrait empêcher le créancier d'exercer son droit sur l'indemnité en lui offrant de le remplacer par une autre hypothèque. Au contraire, en cas d'incendie, le créancier n'aurait aucun droit de préférence sur le prix d'assurance, et devrait souffrir l'exercice du droit résultant de l'article 2131. — 698 *bis*. *Quid* relativement à l'indemnité due par l'État au propriétaire d'un immeuble détruit pour les besoins de la défense d'une place de guerre? — 699. En thèse générale, l'art. 2131 n'est applicable qu'à l'hypothèque conventionnelle. — 700. Cependant on l'appliquera dans les cas où l'hypothèque légale ou judiciaire aura été restreinte dans les termes des articles 2140 et 2161. Au contraire, on ne l'appliquera pas à l'hypothèque même conventionnelle, dans le cas où la constitution ayant eu lieu dans les termes de l'art. 2130, la détérioration n'aura atteint que des immeubles acquis depuis la convention. — 701. Résumé des dispositions du Code touchant la spécialité du gage et les deux exceptions qui précèdent.

V. 701 *bis*. Troisième exception. — De l'hypothèque maritime. Elle peut être constituée sur un navire en construction, d'après l'art. 5 de la loi spéciale, en quoi cet article rappelle l'exception de l'art. 2130 pour l'hypothèque foncière, de même que l'art. 17 relatif au cas de perte ou d'innavigabilité du navire rappelle celle de l'art. 2131.

VI. 702. De la spécialité quant à la créance garantie. L'art. 2132 veut que cette

créance soit certaine et déterminée par l'acte. — 703. La loi suppose ici le cas le plus ordinaire, celui où la créance est certaine et liquidée. — 704. C'est dans l'acte contenant constitution d'hypothèque que la créance doit être déterminée.

VII. 705. Si la créance est conditionnelle ou indéterminée, il n'y a pas lieu de la déterminer dans l'acte constitutif; mais le créancier ne pourra prendre inscription que jusqu'à concurrence d'une valeur estimative. — 706. Une créance conditionnelle peut être déterminée quant à sa valeur. C'est cette valeur que le créancier devra déclarer dans l'inscription. Si c'est une créance indéterminée, c'est au créancier à en fixer la valeur, sauf au débiteur à la faire réduire si elle est trop élevée, et sauf au créancier à prendre des inscriptions nouvelles si l'événement prouve que l'évaluation était trop faible (art. 2163). — 707. Le débiteur peut faire réduire l'évaluation du créancier sans attendre l'événement qui fera connaître la véritable valeur de la créance. Cette faculté n'est point une exception à la règle de l'art. 2161. Le débiteur ne peut pas faire limiter l'assiette de l'hypothèque, mais seulement l'évaluation de la créance dans l'inscription. Les juges devront arbitrer l'excès d'après les circonstances (art. 2164). — 708. Dans le cas où l'événement montre que l'évaluation du créancier était trop faible, le supplément d'hypothèque qu'il peut prendre n'a date que de la nouvelle inscription.

VIII. 709. Transition à quelques difficultés que la loi n'a pas réglées d'une manière précise. — 710. L'hypothèque n'est que l'accessoire d'une obligation; elle peut s'attacher à toute espèce d'obligation valable. — 711. Elle peut garantir une ouverture de crédit, — 712. Pourvu que l'engagement de celui qui promet le crédit soit sérieux. — 713 De la mesure dans laquelle l'hypothèque affecte l'immeuble lorsque l'ouverture de crédit est réalisée : distinctions. — 714. Si le crédit est limité seulement quant à la somme à fournir, l'hypothèque ne pourra dépasser cette somme, même quand les avances auraient été plus considérables. Elle sera moindre si les avances n'ont pas atteint le chiffre du crédit. — 715. Si le crédit est, en outre, limité dans sa durée, l'hypothèque ne couvrira que les sommes avancées jusqu'à l'expiration du délai, quand même il y aurait eu postérieurement d'autres avances, et que toutes ensemble ne dépasseraient pas le chiffre du crédit. — 716. Si le solde dû à l'époque du règlement définitif du compte prorogé est inférieur à celui qui aurait pu être constaté au terme stipulé, les tiers seraient sans intérêt pour contester l'affectation hypothécaire à ce solde. — 717. On peut aussi stipuler, dans l'ouverture de crédit, que l'hypothèque garantira le payement de sommes déjà avancées, outre celles qu'on avancera plus tard. — 718. La créance ne devient certaine, et l'hypothèque avec elle, que par la réalisation et le versement des sommes. Ces versements pourront être constatés, entre négociants, par leurs livres, même à l'égard des tiers; même entre non-négociants, il n'est pas nécessaire que les versements soient constatés par actes authentiques. — 719. L'hypothèque date du jour du contrat : controverse; systèmes divers. — 720. Aperçu sur les conditions et les formes des prêts consentis par les sociétés de crédit foncier. — 721. L'hypothèque suit le sort de l'obligation principale; celle-ci, au contraire, est indépendante de l'hypothèque. Cependant, si l'hypothèque a été consentie par un tiers pour garantir une obligation principale susceptible d'être annulée par une exception personnelle, l'hypothèque sera maintenue nonobstant l'annulation de cette obligation. — 722. Quoique accessoire, l'hypothèque est susceptible par elle-même de toutes les modalités, sauf celles qui seraient contraires à son essence ou à ses fins.

I. — 668. La loi a dit, dans les cinq articles dont le commentaire précède, quels sont les éléments constitutifs de la capacité à l'effet de conférer l'hypothèque conventionnelle, et quelle doit être la forme du contrat hypothécaire. Elle détermine maintenant le caractère même de l'hypothèque conventionnelle, le caractère qui lui est propre, et la distingue plus particulièrement des hypothèques légale et judiciaire (voy. *suprà*, n° 323).

Nous trouvons ici l'une des innovations les plus importantes introduites par la législation moderne dans le régime hypothécaire : c'est le principe de la spécialité. La règle était absolument différente dans notre

ancienne jurisprudence, aussi bien que dans le droit romain. Voici ce qu'en dit Loyseau (1) : « A Rome,... on ne s'est pas contenté d'obliger un seul héritage, en l'exprimant particulièrement; mais premièrement, on a commencé d'obliger d'un seul mot tous et chacun ses biens, comme cela étant aussi facile au débiteur et plus commode au créancier, ce que, du commencement, on n'entendoit sinon des biens que l'obligé avoit lors du contrat. Et, partant, il falloit obliger par clause expresse les biens à venir : clause qui fut à la fin fort commune, mais toutefois nécessaire;... sans laquelle clause, l'obligation générale n'avoit effet que pour les biens présents; mais à la fin, Justinien a étendu l'hypothèque générale aux biens à venir, encore qu'il n'en fût rien exprimé au contrat. — Et encore en France, on a bien passé plus outre; car parce qu'en tous les contrats, par un style ordinaire des notaires, on s'est accoutumé d'insérer la clause d'obligation de tous les biens; on a enfin tenu pour règle, que tous contrats portoient hypothèque sur tous les biens, comme cette clause étant sous-entendue, si elle avoit été omise. — En quoi, à la vérité, il n'y a nul inconvénient pour le regard du débiteur, car il est bien raisonnable de le faire bon payeur par tous moyens. Mais l'inconvénient est grand à l'égard d'un tiers acquéreur de bonne foi, etc... »

669. Aujourd'hui l'hypothèque conventionnelle n'est plus générale, elle est essentiellement spéciale. Telle a été la pensée fondamentale et absolue de la loi du 11 brumaire an 7, dont l'art. 4, commun à toutes hypothèques, en limitait l'effet aux seuls biens appartenant au débiteur au moment où le droit hypothécaire du créancier prenait naissance, ajoutant, quant à l'hypothèque conventionnelle, que la stipulation devrait indiquer la nature et la situation des immeubles hypothéqués.

Sans entrer aussi avant dans ce système, sans le consacrer d'une manière aussi absolue, le Code civil s'y rattache pourtant. La spécialité n'y est posée en principe que pour l'hypothèque conventionnelle. Néanmoins, elle n'en est pas moins dominante dans le système de la loi. Nous avons vu plus haut que le législateur y ramène, autant qu'il le peut, les hypothèques, même légales et judiciaires (lesquelles, comme nous l'avons dit aux n°s 507, 508, 591, sont générales en principe), au moyen de ces actions en réduction ou en restriction qu'il ménage au débiteur dans tous les cas où le gage excède notoirement les sûretés dues au créancier (voy. *suprà,* n°s 538 et suiv., et n°s 600 et suiv.); et, quant à l'hypothèque conventionnelle, nous allons voir tout à l'heure qu'il pose le principe résolûment et l'entoure de précautions et de formalités minutieuses, à l'accomplissement desquelles est subordonnée la validité du contrat hypothécaire.

Et toutefois, les premiers projets du Code ne furent pas favorables à ce principe de la spécialité. Placés entre l'ancienne pratique et la règle que la loi de brumaire an 7 avait récemment consacrée, les rédacteurs de ces projets avaient opté pour la première. Soit qu'ils eussent été particulièrement frappés de cette idée de Loyseau, qu'il est raisonnable

(1) Voy. Loyseau (*Du Déguerpiss.*, liv. 3, chap. 1, n°s 14 et suiv.).

de *faire le débiteur bon payeur par tous moyens,* soit plutôt qu'ils eussent été poussés par le désir de mettre de l'unité dans la loi, et de couper court à des difficultés que le système de la loi de brumaire faisait entrevoir déjà sur le concours d'hypothèques générales avec des hypothèques spéciales (voy. *suprà,* n°s 336 et suiv.), ils avaient proposé de dire que l'hypothèque conventionnelle s'étendrait *sur les biens présents et futurs du débiteur, à moins de stipulation contraire* (1). Ce fut la Cour de cassation qui, fortement imbue du principe de la spécialité, y ramena les idées et présenta des observations (2) qui la firent prévaloir. La loi en a été incontestablement améliorée. Car, quoi qu'on en dise, et quoi qu'en ait dit Loyseau lui-même, la généralité de l'hypothèque présente des inconvénients graves, même « pour le regard du débiteur » ; pour lui, non moins que pour le créancier et les tiers, la spécialité a des avantages évidents et notables. Elle est utile pour le créancier, car elle multiplie le nombre des gages intacts, facilite la division du crédit, aide à la publicité, et, selon la très-juste expression de la Cour de Riom, « elle fait gagner en certitude ce que l'on perd en étendue. » (3) Elle est utile pour le débiteur, car elle augmente son crédit, en ce qu'elle ne l'oblige pas à engager tous ses immeubles et lui permet de ne soumettre à l'hypothèque que la portion nécessaire à la sûreté du créancier et d'en conserver le surplus libre, soit pour l'aliéner, soit pour le donner en gage, si le besoin de ses affaires l'oblige à de nouveaux emprunts (4). Elle profite à tous enfin, en ce que, en éloignant le concours, sur un même immeuble, de créances nombreuses et diverses, elle tend à supprimer les causes de conflit, et, par là même, à simplifier les ordres et à diminuer les frais (voy. *suprà,* n° 323).

Seulement, le point essentiel en ceci consiste à être bien pénétré de l'objet de la spécialité, pour que l'application reste toujours dans les termes de la loi.

670. La spécialité de l'hypothèque a pour objet de faire connaître la situation véritable du débiteur et de donner la mesure aussi exacte que possible de son crédit hypothécaire. Elle ne peut donc être réalisée qu'au moyen d'une double indication : d'abord, l'indication précise des immeubles grevés, afin que nul ne puisse se méprendre sur l'individualité même du gage hypothécaire ; ensuite, l'indication du montant de la créance assurée par l'hypothèque, afin qu'on puisse apprécier la mesure dans laquelle le crédit hypothécaire du débiteur est affecté.

---

(1) La Faculté de droit de Dijon proposait, dans ses Observations sur les projets de réforme de 1841, de revenir précisément à ce système, qui consistait à écarter la spécialité comme principe, et à ne la maintenir que comme facultative pour les parties (*Doc. hyp.*, t. III, p. 324 et suiv.).

(2) Voy. ces remarquables Observations dans la Collection de M. Fenet (t. II, p. 615 et suiv.).

(3) Voy. *Doc. hyp.* (t. III, p. 323).

(4) Les avantages de la spécialité ont été mis en lumière dans l'enquête administrative de 1841, notamment par les Cours de Colmar, Grenoble, Limoges, Montpellier, Nancy, Nîmes, Riom, et par la Faculté de droit de Strasbourg. Sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, on consultera toujours avec fruit ces documents précieux (*Doc. hyp.*, t. III, p. 307 et suiv.).

Ainsi dispose la loi : l'art. 2129 prescrit d'individualiser le gage hypothécaire ; l'art. 2132 prescrit l'indication de la créance à la sûreté de laquelle ce gage est affecté.

Toutefois, sous l'un et l'autre rapport, la règle comporte des limitations nécessaires. — Ainsi, la spécialité du gage n'admet pas que des biens à venir puissent être grevés, et son effet ordinaire est de cantonner limitativement l'hypothèque sur l'immeuble qui en est affecté. Mais pourtant, faut-il que celui dont les immeubles présents sont insuffisants soit condamné à rester sans crédit par l'impossibilité absolue d'offrir en gage des immeubles qu'il peut acquérir ? Et d'un autre côté, parce que l'hypothèque affecte spécialement tel immeuble déterminé, faut-il que le créancier soit réduit à n'avoir plus aucune sûreté, ou à n'avoir qu'un gage insuffisant, si cet immeuble vient à périr ou à être détérioré ? Les art. 2130 et 2131 prévoient ces cas particuliers, et y avisent par des limitations qui modifient le principe, sans pourtant le détruire complétement. (Nous ne parlerons pas du troisième cas prévu par l'art. 2133, parce que la règle d'accroissement, consacrée par cet article, est commune à toutes les causes d'hypothèque, et se lie ainsi à l'art. 2118, après lequel nous en avons étudié les applications ; voy. *suprà*, nos 404 et suiv.) — Ainsi encore, la spécialité ne permet pas que l'hypothèque garantisse le créancier pour une somme supérieure au montant de la créance déclarée. Mais pourtant, si la créance étant conditionnelle ou indéterminée, l'événement vient à prouver que l'estimation qui a dû être faite est trop forte ou trop faible, faut-il que le débiteur ou le créancier la subissent inévitablement, sans avoir le droit, l'un de faire réduire une inscription excessive, ou l'autre de prendre de nouvelles inscriptions ? Les art. 2163 et 2164 sont écrits en vue de cette situation.

Cet aperçu général montre pourquoi, ayant à nous occuper de la spécialité de l'hypothèque conventionnelle, nous réunissons ici les dispositions diverses qui se rapportent à ce point de droit, soit qu'elles consacrent le principe, soit qu'elles en modifient ou en limitent l'application ; et après avoir présenté le système de la loi dans son ensemble, nous avons maintenant à le reprendre dans ses détails.

II. — 671. La loi veut d'abord la spécialité de l'hypothèque, en ce qui concerne le gage hypothécaire. Le principe est posé dans l'art. 2129, d'après lequel « *il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable* que celle qui, soit dans le titre authentique constitutif de la créance, soit dans un acte authentique postérieur, déclare spécialement *la nature et la situation de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance.* » Le même article ajoute que « chacun *de tous ces biens présents* peut être nominativement soumis à l'hypothèque par le débiteur. » Mais il exprime que « *les biens à venir* ne peuvent pas être hypothéqués. » Ainsi, on le voit, ce n'est pas tout que l'hypothèque conventionnelle soit accordée par le propriétaire ayant capacité d'aliéner l'immeuble hypothéqué, et qu'elle soit établie par un acte passé devant notaire; il faut encore, pour

qu'elle soit valablement constituée, que l'immeuble ou les immeubles hypothéqués soient spécifiés dans le titre constitutif.

672. Dans le système de la loi, la spécialité est donc de l'essence même de l'hypothèque conventionnelle : c'est pourquoi les énonciations qui tendent à spécialiser le gage, et qui sont exigées à peine de nullité, doivent être faites dans le titre même de l'hypothèque, c'est-à-dire, pour rentrer dans l'expression de notre article, soit dans l'acte authentique constitutif de la créance, si c'est par cet acte même que l'hypothèque a été constituée, soit dans un acte authentique postérieur, si c'est par cet acte postérieur que l'hypothèque a été ajoutée à une obligation qui, primitivement, n'avait pas cette sûreté.

Il faut conclure de là qu'il ne peut être suppléé à l'omission ou à l'insuffisance des énonciations de l'acte constitutif de l'hypothèque par les énonciations qui seront faites ultérieurement dans l'inscription. Nous verrons, dans notre commentaire de l'art. 2148, qu'entre autres énonciations prescrites, l'inscription en doit contenir de semblables à celles qu'exige notre article, et cela en vue de faire connaître aux tiers les biens sur lesquels le créancier entend conserver son privilége ou son hypothèque. Mais cette prescription de la loi a un intérêt particulier, qui est la publicité. Or la spécialité prépare la publicité ; elle n'est pas la publicité même : il ne faut donc pas les confondre, ou supposer qu'il existe entre elles une corrélation telle qu'elles se compléteraient l'une par l'autre, et qu'on pourrait emprunter aux mentions relatives à la publicité de quoi suppléer à l'insuffisance du titre constitutif de l'hypothèque relativement à la spécialité. Il y a là-dessus une jurisprudence constante ; et toutes les fois que le créancier a prétendu purger au moyen de déclarations contenues dans l'inscription le vice du contrat hypothécaire, la jurisprudence a rejeté la prétention, en jugeant avec raison que, désigner dans l'inscription l'immeuble grevé, c'est satisfaire au vœu de la loi qui prescrit la publicité, sans rien faire relativement à la spécialité, laquelle ne peut se rencontrer que dans l'acte constitutif de l'hypothèque (1).

673. Maintenant, comment l'acte doit-il spécialiser les immeubles hypothéqués? Selon notre article, la spécialisation doit résulter de la double indication de la *nature* et de la *situation* de chacun des immeubles sur lesquels le débiteur consent l'hypothèque de la créance. — La *nature* d'un immeuble s'entend de sa qualité de propriété bâtie ou cultivable ; c'est ce que l'art. 2148 indique avec plus de précision, lorsqu'il dit des bordereaux représentés à l'effet d'opérer l'inscription, qu'ils contiennent l'indication de l'*espèce* et de la situation des biens grevés. Ainsi l'acte constitutif déclarera si l'immeuble sur lequel le débiteur consent l'hypothèque de la créance est un bâtiment, un jardin, un pré, une chenevière, un bois, etc. — La *situation* d'un immeuble s'entend de la place qu'il occupe dans telle ou telle circonscription ter-

(1) Voy. Cass., 20 févr. 1810 ; Rej., 26 avr. 1852 ; Colmar, 23 août 1842 ; Dijon, 23 déc. 1843 (*J. Pal.*, 1843, t. I, p. 106 ; 1844, t. I, p. 312 ; 1852, t. II, p. 310 ; Dall., 44, 2, 2 ; 52, 1, 131 ; S.-V., 52, 1, 513).

ritoriale par rapport à d'autres immeubles qui y sont également situés. Ainsi l'acte constitutif exprimera que la maison, le pré, le bois, etc., grevé de l'hypothèque, est situé dans telle ou telle commune. — Tout cela se comprend à merveille, et rien n'est d'une exécution plus facile que la prescription de la loi dans le cas où l'hypothèque est constituée par le débiteur sur un seul de ses immeubles. Il n'y pas d'exemple peut-être d'une constitution d'hypothèque compromise pour insuffisance des énonciations constitutives de la spécialité dans ce cas particulier.

674. Mais c'est bien autre chose dans les cas très nombreux où l'hypothèque a été constituée, soit sur un corps de domaine ou de ferme composé de bâtiments, de fonds et d'usines dépendants d'une même exploitation, soit sur une généralité d'immeubles, par exemple sur la totalité de ceux que le débiteur possède dans l'étendue d'un même arrondissement hypothécaire ou dans le territoire d'une même commune. La question s'est élevée fréquemment et s'élève encore chaque jour de savoir si, dans ces cas, il est satisfait aux exigences de la loi, en ce qui concerne la spécialité, par la simple indication dans l'acte constitutif de l'hypothèque, soit du domaine, soit de la commune ou de l'arrondissement hypothécaire dans lequel les immeubles sont situés. A s'en tenir au texte de notre article, il est évident qu'on ne saurait hésiter. Quand la loi dit de la manière la plus positive qu'il n'y a d'hypothèque conventionnelle *valable* que celle qui déclare la *nature* et la *situation* de CHACUN des immeubles sur lesquels le débiteur consent l'hypothèque de la créance, il paraît bien difficile de valider l'hypothèque qui engage d'une manière générale et sans aucune désignation précise et spéciale *tous* les immeubles que le débiteur possède dans telle commune ou dans tel arrondissement hypothécaire, ou un domaine qui, dans son ensemble, comprend des immeubles divers. Aussi la Cour de cassation a toujours annulé les constitutions d'hypothèques dans lesquelles la désignation des immeubles hypothéqués s'éloigne aussi complétement des termes de la loi; la solution, à cet égard, est identique dans tous ses premiers arrêts (1).

Les Cours d'appel ont été moins arrêtées dans leur doctrine. A l'origine, elles paraissaient incliner vers la jurisprudence de la Cour suprême (2); mais elles s'en sont bientôt départies, et, dans l'état actuel des choses, elles tiennent pour valables, comme remplissant suffisamment le vœu de la loi qui exige la spécialité de l'hypothèque, les actes par lesquels le débiteur affecte, sans autre désignation, tous les immeubles qu'il possède dans telle commune ou même dans tel arrondissement hypothécaire dénommé à l'acte (3), surtout lors-

---

(1) Voy. notamment Cass., 23 août 1808 et 20 févr. 1810, et l'arrêt déjà cité du 26 avr. 1852. *Comp.* Req., 12 mars 1867 (S.-V. 67, 1, 221; *J. Pal.*, 1867, p. 528) et Req., 25 nov. 1868 (*J. Pal.*, 1869, p. 294; S.-V., 69, 1, 128; Dall., 69, 1, 149).

(2) Voy. Paris, 28 niv. an 13; Aix, 30 août 1809; Angers, 10 août 1826.

(3) Voy. Riom., 15 avr. 1826; Pau, 23 août 1834; Nancy, 30 mai 1843; Limoges, 11 déc. 1845 (S.-V., 43, 2, 574; *J. Pal.*, 1843, t. II, p. 691; 1846, t. II, p. 717). Voy. aussi MM. Grenier (t. I, nº 71); Troplong (nº 536 *bis*).

qu'en hypothéquant ainsi les immeubles d'une manière collective, l'acte exprime qu'ils consistent en maisons, bâtiments, prés, vignes, bois, etc. (1).

Disons-le, toutefois, ce n'est pas la spécialité telle qu'elle a éte instituée par le législateur. Dans ces termes, la constitution d'hypothèque s'écarte de la lettre, nous l'avons dit déjà, et c'est si évident à la seule lecture de notre article, qu'il n'y a vraiment pas à insister. Ajoutons encore que l'esprit de la loi n'y est pas respecté davantage. Le législateur a fait de la spécialité l'un des principes fondamentaux en cette matière, et, comme nous le disions tout à l'heure, il l'a instituée, dans l'intérêt de tous, du débiteur lui-même autant que du créancier, en haine de ce système des hypothèques générales dont les inconvénients et les dangers étaient d'une évidence palpable. Or il est bien clair qu'autoriser l'affectation collective de tous les immeubles, quelle qu'en soit la nature, qui appartiennent au débiteur dans tel lieu déterminé, sans aucune désignation qui les individualise, c'est tendre à ressusciter le système des hypothèques générales. Si l'affectation peut être ainsi faite en bloc pour tous les immeubles que le débiteur possède dans une circonscription limitée, pourquoi ne pourrait-elle pas être faite en bloc aussi pour tous les immeubles que le débiteur possède actuellement, non pas seulement dans cette circonscription, mais partout ailleurs? Aussi va-t-on jusque-là ; car, parmi les auteurs et les arrêts dont nous combattons la doctrine, nous en trouvons bon nombre qui valident, même dans ce dernier cas, la constitution collective sans aucune désignation nominative qui distingue et spécialise les immeubles hypothéqués. Ainsi, de proche en proche, on arriverait à détruire le système de la loi, et, autant que la chose est possible, à mettre la généralité à la place de la spécialité.

Nous ne saurions admettre que les arrêts qui conduisent à un tel résultat soient dans la vérité juridique. On dit bien, pour en justifier la doctrine, qu'il ne faut pas exagérer les choses en sanctionnant des moyens de nullité fondés sur un esprit de pointille et de chicane (2), et que les tiers en savent assez quand ils sont avertis que tous les biens du débiteur ou tous ceux qu'il possède dans telle ou telle circonscription déterminée sont déjà hypothéqués à une créance, laquelle est aussi indiquée. Mais l'objection porte à faux. Nous la comprendrions si la question ici était de savoir ce que vaut l'*inscription* faite par un créancier dans le cas où elle satisfait d'une manière plus ou moins complète à la disposition de l'art. 2148, qui exige l'indication de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels le créancier entend exercer son privilége ou son hypothèque. L'inscription est l'instrument de la *publicité*; c'est elle qui importe surtout aux tiers, car c'est elle particulièrement

(1) Besançon, 22 juin 1810; Agen, 27 juin 1811; Paris, 20 juin 1812 et 21 févr. 1850; Bourges, 11 mai 1813 et 22 avr. 1841; Metz, 21 mai 1813; Riom, 31 août 1816 (*J. Pal.*, 1841, t. II, p. 627; 1850, t. I, p. 733; Dall., 52, 5, 306).
(2) Ce sont les expressions de M. Troplong (voy. *loc. cit.*).

qui doit leur faire connaître non-seulement l'existence de l'hypothèque, mais encore la mesure dans laquelle cette hypothèque affecte les immeubles du débiteur. On comprend donc à merveille que lorsqu'un tiers conteste la validité d'une inscription faite par un créancier, celui-ci puisse opposer comme une sorte de fin de non-recevoir qu'après tout l'inscription a été prise dans des termes tels que nul n'a pu être trompé sur les immeubles qu'elle affecte. C'est dans cette pensée que procédaient récemment les projets de réforme hypothécaire, lorsqu'en maintenant la plupart des prescriptions de l'art. 2148, ils ajoutaient, par une disposition expresse, « qu'aucune inscription ne pourrait être annulée pour infraction à ces prescriptions, lorsque les énonciations prescrites seraient remplacées par des énonciations équivalentes; que la nullité ne pourrait être demandée que par ceux *auxquels l'inscription porterait préjudice;* et même que les tribunaux pourraient, selon la nature et l'étendue du préjudice, annuler l'inscription on en réduire l'effet. » (1)

Est-ce de cela qu'il s'agit ici? En aucune manière. Le principe dont nous avons à faire l'application est celui de la *spécialité*. Or, encore une fois, la spécialité n'est pas la publicité; et il ne faut pas les confondre. La spécialité a un autre objet que l'intérêt des tiers : elle prend en main le crédit du débiteur qu'elle ménage, en obligeant le créancier à se contenter d'un gage restreint, mais suffisant; elle a en vue ensuite la sûreté du créancier, en ce qu'en se substituant à la généralité, elle lui fait gagner en certitude ce qu'elle lui fait perdre en étendue (voy. *suprà,* n° 669) : voilà son objet précis. Ne parlons donc pas de l'inscription ni des tiers, car nous ne sommes pas en présence de l'article 2148. Parlons du contrat hypothécaire et des parties qui le forment, car c'est l'art. 2129 que nous avons à expliquer. Eh bien, cet article est précis; la disposition en est rigoureusement impérative; le texte, et ceci est remarquable, en avait été littéralement maintenu dans tous les projets de réforme (2), sans qu'on eût en rien songé à y introduire un tempérament analogue à celui par lequel ces mêmes projets atténuaient la disposition de l'art. 2148. Quoi de plus concluant! En faut-il donc davantage pour reconnaître que la tolérance des Cours d'appel sur la question n'est en aucune façon justifiée, et que, sous peine de rayer notre article et de supprimer le principe de la spécialité, il faut dire que la validité du contrat hypothécaire est essentielle-

---

(1) Voy. les projets de réforme discutés dans l'Assemblée législative en 1851, et notamment l'art. 2151 du projet préparé pour la troisième délibération.

(2) Voy. l'art. 2133 du projet du gouvernement, l'art. 2136 du projet du conseil d'État, et l'art 2122 du projet de la commission de l'Assemblée législative adopté dans la seconde délibération. — Le même rapprochement peut être fait dans la loi belge du 16 décembre 1851. Tandis que l'art. 85 dispose expressément que l'*inscription* ne pourra être annulée pour omission des énonciations prescristes que lorsqu'il résultera de l'omission *un préjudice au détriment des tiers,* l'art. 78, au lieu d'admettre le même tempérament, étend le principe de la spécialité et le pose avec plus de rigueur encore que notre art. 2129. Voy. MM. Martou (t. III, p. 93 et 176); Delebecque (*Comm. législ.*, p. 282 et 316).

ment subordonnée à la désignation spéciale des immeubles hypothéqués par l'indication de leur nature ou espèce, et de la situation de chacun d'eux?

675. Du reste, il est à noter que la loi ne dit point en quels termes doit être faite l'indication de la nature et de la situation des biens sur lesquels le débiteur consent l'hypothèque de la créance. Il s'induit de là que, lorsque la désignation est faite, le point de savoir si elle suffit ou non est une pure question de fait dont la solution appartient aux juges du fond, qui apprécient souverainement, sans que leur décision puisse être utilement déférée à la censure de la Cour de cassation (1).

676. Bien que la spécialité soit établie particulièrement pour individualiser l'immeuble ou les immeubles que le débiteur soumet à l'hypothèque, le législateur n'a pas pensé que cela pût faire obstacle à ce que la constitution d'hypothèque portât à la fois sur tous les biens que le débiteur *possède actuellement*. En effet, la spécialité n'a rien d'incompatible avec cette affectation générale, pourvu que *chacun* des biens présents du débiteur soit *nominativement* soumis à l'hypothèque. Notre article formule en termes exprès cette application du principe de la spécialité.

677. Mais elle serait incompatible avec l'affectation qui embrasserait les biens à venir du débiteur. Comment, en effet, la constitution d'hypothèque pourrait-elle indiquer la nature et la situation des biens qui ne sont pas encore et ne seront peut-être jamais en la possession du débiteur? L'hypothèque conventionnelle des biens à venir aurait donc été proscrite par la force même des choses et par une déduction nécessaire du principe de la spécialité, quand même le législateur n'aurait pas cru devoir la prohiber formellement par notre article. Ainsi Pierre, débiteur d'une somme de 20 000 francs, consent à Jacques, son créancier, une hypothèque générale, embrassant à la fois, comme si elle était judiciaire ou légale, ses biens présents et à venir; la constitution d'hypothèque est nulle absolument, aussi complétement nulle que si elle avait été faite par un acte sous seing privé. Cela ne peut faire question.

678. Ce qui a été mis en doute, c'est de savoir si une telle affectation ainsi faite contre une prohibition formelle de la loi donnerait au moins au créancier qui l'a obtenue le droit de réclamer de son débiteur une hypothèque spéciale. M. Persil se prononce pour l'affirmative. « On doit, dit-il, interpréter les contrats *pro ut sonant*. Or il est évident que l'intention du prêteur a été d'avoir une hypothèque qui lui assurât la restitution des deniers prêtés; et le débiteur ne doit pas se prévaloir d'une erreur où il aura souvent induit lui-même son créancier. » (2) Et cet avis trouve de l'appui dans un arrêt de la Cour de Bruxelles, duquel il résulte que la stipulation d'une hypothèque générale sur les biens du débiteur, bien qu'elle ne fût pas valable sous la loi du 11 brumaire

(1) Voy. Rej., 19 févr. 1828, 14 juin 1831, 15 févr. 1836, 8 avr. 1844 (Dall., 36, 1, 81; S.-V., 36, 1, 471; *J. Pal.*, 1844, t. I, p. 573). — *Junge* l'arrêt déjà cité du 12 mars 1867.

(2) Voy. M. Persil (art. 2129, n° 1). — *Junge :* M. Grenier (t. I, n° 67).

an 7, suffisait néanmoins pour autoriser le créancier à exiger de son débiteur que les mêmes biens lui fussent affectés par hypothèque spéciale (1). — Quelque équitable que la solution puisse paraître, nous ne voudrions pas, dirons-nous avec M. Troplong, concourir à une décision qui la sanctionnerait. L'hypothèque, dans le cas donné, est radicalement nulle, nous le répétons. Il n'est pas possible de recourir au ministère du juge pour qu'il remplace une convention sans valeur par une autre convention réunissant les conditions de la loi; car le juge a pour office, non point de créer, mais de déclarer les droits existants. Quant au créancier, c'est sa faute si tout recours lui est refusé : il ne devait pas accepter un engagement que la loi frappait par avance de nullité. Il a concouru à l'acte nul aussi bien que le débiteur; il ne lui appartient donc pas d'en tirer avantage, même contre ce dernier, et de s'en aider, à l'effet d'obtenir un titre hypothécaire régulier. La Cour d'Aix s'est prononcée dans le sens de cette solution, qui, du reste, est adoptée par la majorité des auteurs (2).

679. Telles sont les règles en ce qui concerne la spécialité au point de vue du gage hypothécaire. Mais, comme nous l'avons dit, ces règles comportent certaines limitations qu'il faut préciser avant de passer aux observations sur la spécialité au point de vue de la créance garantie par l'hypothèque.

III. — 680. La première de ces limitations résulte de l'art. 2130. Elle modifie la disposition finale de l'art. 2129; car après avoir dit à la fin de cet article que « les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués », le législateur ajoute, dans l'art. 2130, que « néanmoins si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il peut, en exprimant cette insuffisance, consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite y demeure affecté, à mesure des acquisitions. » C'est là une modification au principe de la spécialité, ce n'en est pas l'abandon; car, tout en y dérogeant dans une certaine mesure et à un certain point de vue, l'art. 2130 y ramène cependant l'hypothèse qu'il prévoit, par la nécessité qu'il impose au débiteur qui offre ses biens à venir en gage d'avoir au moins quelques biens présents qui puissent être *spécialement* affectés et dont l'existence aux mains de ce débiteur permet la formation du contrat hypothécaire (voy. *infrà,* n° 688).

681. On a souvent reproché à cette disposition de la loi son immoralité prétendue. Qui donc, a-t-on dit, peut se faire un moyen de crédit de ses biens à venir? En général, le fils de famille qui escompte ainsi par avance la succession de ses parents. Et qui peut consentir à prêter sur des gages aussi éventuels? Trop souvent des usuriers qui cherchent

(1) Voy. Bruxelles, 27 juin 1821. On invoque, dans le même sens, un arrêt de la Cour de Riom du 25 mai 1816 (S.-V., 17, 2, 360); mais, au fond, il s'agissait plutôt dans l'espèce d'une hypothèque *judiciaire*, en ce que la poursuite n'était exercée qu'*après l'échéance de la dette* par le créancier qui, par suite du jugement, put s'inscrire sur des biens que le débiteur ne possédait pas lors de la constitution.

(2) Aix, 16 août 1811. — Voy. aussi MM. Duranton (t. XIX, n° 364); Troplong (n° 515); Martou (n° 1000).

dans l'énormité de l'intérêt ou dans des stipulations frauduleuses l'équivalent des risques auxquels ils sont exposés (1). Ces critiques n'ont pas été sans influence dans les discussions dont le régime hypothécaire a été l'objet. En Belgique, elles ont amené la suppression, dans la loi du 16 décembre 1851, de la disposition dont nous avons à nous occuper ici (2); et en France, si la réforme discutée de 1849 à 1851 avait abouti, il est probable qu'il n'en eût pas été autrement, puisque, de tous les projets soumis à la discussion, il n'y en avait aucun, y compris celui que l'Assemblée législative avait admis dans les deux premières délibérations, qui n'eût mis notre article à l'écart (3).

Cet article avait pourtant, et il a toujours, pour se défendre, les graves considérations qui en firent admettre la disposition, lorsque le Code civil était discuté. Toutes les objections étaient connues et se produisirent alors; l'article n'en fut pas moins maintenu comme renfermant une mesure favorable au crédit, utile aux mœurs et conforme au droit de propriété. C'est ce que rappelaient les Cours, en majorité d'ailleurs, qui, dans l'enquête administrative de 1841, se prononcèrent en faveur de la disposition. Quel a pu être, disaient-elles, le motif pour autoriser celui qui s'engage à hypothéquer les biens futurs, si ce n'est de procurer à chacun, soit pour seconder son industrie, soit pour subvenir à ses besoins ou réparer des malheurs, tous les moyens qu'il peut avoir d'inspirer la confiance? Non-seulement ses biens actuels, mais encore sa bonne conduite, sa probité, son travail, ses talents, les biens que l'ordre de la nature doit lui transmettre, composent l'actif qu'il peut offrir pour gage. — Depuis plus de vingt siècles qu'il est permis d'hypothéquer ses biens présents et à venir, on n'avait point entendu dire que cette faculté fût immorale ni dangereuse. On s'effraye des abus auxquels une telle faculté peut donner lieu, en ce qu'elle livre à la cupidité des créanciers peu délicats les dissipateurs, qu'elle invite en quelque sorte à spéculer sur des successions futures! Mais l'hypothèque judiciaire attachée par la loi aux jugements de reconnaissance ou vérification de signature est bien autrement dangereuse sous ce rapport (voy. *suprà*, n° 597), car c'est bien plutôt à ce moyen qu'à l'hypothèque subsidiaire des biens à venir que recourront les usuriers dont on redoute les combinaisons frauduleuses. En tout cas, serait-il juste, pour empêcher quelques dissipateurs de se ruiner d'avance en hypothéquant les biens qui peuvent leur échoir un jour, de priver l'homme intelligent, laborieux et honnête, d'un moyen de crédit que l'état actuel de sa fortune ne lui permettrait pas de se procurer? Que la loi remédie aux abus du droit de propriété ou qu'elle les prévienne, elle le doit sans doute; et c'est ce qu'elle fait en prohibant ou en frappant de

(1) Rapport de M. de Vatimesnil au nom de la commission de l'Assemblée législative (p. 20). Voy. aussi les Observations des Cours d'Agen et de Rennes et des Facultés de Caen et de Grenoble, dans l'enquête administrative de 1841 (*Doc. hyp.*, t. III, p. 332, 341, 342).

(2) Voy. MM. Delebecque (*Comm. législ.*, p. 284); Martou (n° 1001).

(3) Voy. les Rapports déjà cités de MM. Persil et de Vatimesnil. *Junge* le Rapport fait par M. Bethmont au nom du conseil d'État (p. 48).

nullité toute stipulation sur les successions futures; mais avant tout elle doit maintenir et respecter le droit de propriété, et c'est le sentiment de ce devoir qui l'inspire, lorsqu'elle donne aux citoyens la faculté d'offrir en gage, comme moyen de développer leur industrie par le crédit, non-seulement les immeubles qu'ils possèdent, mais encore ceux qu'ils ont l'espérance d'acquérir un jour (1).

On élève contre notre article d'autres critiques encore; on lui reproche son inconséquence prétendue et son injustice, en ce qu'il ruine le principe de la spécialité, après l'avoir consacré, en autorisant, même exceptionnellement, l'hypothèque des biens à venir, et en ce que l'exception une fois admise, il en refuse le bénéfice précisément à ceux qui, n'ayant rien actuellement, auraient plus qu'aucuns autres besoin d'y recourir. Nous revenons là-dessus plus loin, et nous montrons que ces reproches procèdent d'une fausse intelligence de la pensée de la loi (voy. *infrà,* n° 688); et sans nous y arrêter actuellement, nous passons au commentaire.

682. La disposition de notre article étant exceptionnelle, l'application en sera nécessairement renfermée dans ses termes précis, et l'on n'admettra l'hypothèque des biens à venir comme valable que lorsque toutes les conditions exigées par la loi se trouveront réunies. Quelles sont ces conditions? Il faut: 1° que les biens présents soient insuffisants; 2° que l'insuffisance soit déclarée; 3° que le débiteur consente que chacun des immeubles qu'il acquerra par la suite demeure affecté à la créance, à mesure des acquisitions. Chacune de ces conditions peut donner lieu à quelque difficulté dans l'application.

683. Il faut que les biens présents soient insuffisants. En effet, ce serait renverser le principe de la spécialité que d'autoriser l'hypothèque des biens à venir, lorsque le débiteur possède actuellement des biens susceptibles de donner au créancier une garantie suffisante. Voici donc l'hypothèse de la loi. Paul propriétaire d'un immeuble dont la valeur peut atteindre le chiffre de 5 000 francs, emprunte à Pierre une somme de 10 000 francs qui lui est nécessaire pour le besoin de ses affaires. L'immeuble ne suffit pas évidemment pour répondre de la dette : donc, en conférant une hypothèque spéciale sur son immeuble à Pierre, Paul consentira très-valablement que chacun de ses immeubles à venir demeure affecté à la créance à mesure des acquisitions.

Mais supposons que l'immeuble soit d'une valeur de 10 000 francs, et, par conséquent, égale à la somme empruntée : seulement, cet immeuble est déjà grevé d'une hypothèque en faveur de Joseph, pour sûreté d'une somme de 5 000 francs que ce dernier a prêtée à Paul déjà depuis longtemps. Y a-t-il là l'insuffisance dont parle la loi? Et Paul pourra-t-il dans ce cas même engager ses biens à venir en hypothéquant spécialement son immeuble en faveur de Pierre? Il le pourra certainement. L'art. 2130 dit bien que le débiteur peut offrir ses biens

---

(1) Voy. les Observations des Cours d'Angers, de Grenoble, de Montpellier et de Pau (*Doc. hyp.*, t. III, p. 332, 338, 339).

à venir, lorsque ses biens présents et *libres* sont insuffisants pour la sûreté de la créance. Mais il faut s'attacher à l'esprit de la loi et y conformer la lettre. Or, dans l'esprit de la loi, nous l'avons vu plus haut, ce qui valide la stipulation sur les biens à venir, c'est l'existence de biens présents que l'hypothèque puisse atteindre immédiatement d'une manière spéciale, et dans lesquels le créancier ne trouve pas une garantie suffisante. Telle est la situation dans le cas proposé; car, pour être absorbé en partie par une hypothèque antérieure, l'immeuble de Paul n'en existe pas moins entre ses mains comme un gage qu'il peut affecter spécialement, et dont l'existence, par conséquent, autorise et justifie l'affectation éventuelle des imeubles futurs.

684. Il faut, en second lieu, que l'insuffisance soit déclarée. Donc, si une constitution d'hypothèque portait à la fois sur des biens présents et sur les biens à venir, sans que l'insuffisance des biens présents fût déclarée, la stipulation serait nulle, quand même ces biens présents seraient réellement insuffisants (1).

Mais dans quelle mesure l'annulation devra-t-elle être prononcée? Il faut distinguer. Si la constitution de l'hypothèque est générale, si les parties ont déclaré que l'hypothèque frapperait sur les biens présents et à venir, la stipulation sera nulle pour le tout, et radicalement nulle, car ce serait un retour au principe de la généralité, que la loi nouvelle prohibe formellement pour l'hypothèque conventionnelle. Mais si les parties ont déclaré que l'hypothèque porterait spécialement sur tel immeuble déterminé existant actuellement entre les mains du débiteur et, en outre, sur les immeubles qu'il pourrait acquérir ultérieurement, la stipulation ne serait annulée que relativement à ces derniers immeubles, et l'hypothèque tiendrait quant à l'immeuble présent et spécialisé dans l'acte constitutif.

Maintenant, supposons que l'insuffisance des biens présents soit déclarée, une difficulté d'une autre nature peut s'élever : la constitution sera-t-elle valable et devra-t-elle être maintenue, quand même la déclaration d'insuffisance serait mensongère? Quelques auteurs enseignent que la loi n'ayant donné à perssonne, pas même aux créanciers du constituant, le droit de contrôler la déclaration, l'hypothèque doit être maintenue même sur les biens à venir (2). Nous sommes, sur ce point, d'un avis différent. Les tiers intéressés peuvent, selon nous, prouver la fausseté ou l'erreur de la déclaration, et s'en autoriser pour faire annuler l'hypothèque des biens à venir (3). Sans doute il n'y a pas de texte spécial qui consacre ce droit en faveur des tiers intéressés; mais les principes généraux et le droit commun y suffisent : or, ils permettent

(1) Du reste la déclaration d'insuffisance n'est soumise à aucune formule sacramentelle; elle résulte suffisamment, par exemple, de la mention que les biens à venir sont hypothéqués *pour garantir davantage le remboursement de la somme empruntée, et ce en conformité de l'art.* 2130 *du Code civil*. Nancy, 22 août 1867 (*J. Pal.*, 1868, p. 561; S.-V., 68, 2, 109; Dall., 68, 2, 117).

(2) Voy. M. Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 474).

(3) Voy. M. Troplong (nº 59).

à quiconque souffre un tort de prendre les voies légitimes et régulières pour le faire cesser.

685. Il faut, enfin, que le débiteur consente que chacun des biens immeubles qu'il acquerra par la suite demeure affecté à la sûreté de la créance à mesure des acquisitions. Nous trouvons particulièrement ici la confirmation de l'idée exprimée plus haut (voy. n° 680), que, même, en autorisant l'hypothèque des biens à venir, notre article se rattache au principe de la spécialité, et qu'en le modifiant sur un point, il le tient encore pour fondamental dans toute constitution d'hypothèque conventionnelle. Cela résulte de la nécessité même où est le débiteur, en affectant spécialement des biens présents insuffisants pour la sûreté de la créance, de consentir, selon l'expression de notre article, que chacun des biens qu'il acquerra par la suite *y demeure affecté à mesure des acquisitions.* La loi montre par là que, même dans ce cas, le contrat hypothécaire doit porter, en réalité et principalement, sur les biens présents, ce qui est l'application du principe de la spécialité; et que c'est subsidiairement seulement, et à titre de supplément ou de complément, qu'il atteindra les biens à venir, à mesure qu'ils seront acquis (1).

D'après cela, on conçoit à peine que l'on ait mis en question le point de savoir si l'hypothèque conventionnelle des biens à venir, dans le cas de l'art. 2130, frappe les biens advenus ultérieurement au débiteur, indépendamment de toute inscription nouvelle, comme s'il s'agissait d'une hypothèque judiciaire (voy. *suprà,* n° 518); ou bien si le droit hypothécaire ne s'exerce sur les biens advenus au débiteur après la convention qu'au moyen d'une inscription spéciale prise sur chacun de ces biens nominativement, et à mesure qu'ils arrivent dans les mains du débiteur. Encore moins conçoit-on que des autorités, d'ailleurs fort graves, aient supposé que l'inscription primitive suffit pour atteindre les immeubles futurs à mesure de leur acquisition par le débiteur (2). On a invoqué, à l'appui de cette solution, la pensée même qui a inspiré la disposition de notre article, pensée de secours, dit-on, qui demeurerait sans réalisation, en ce qu'aucun créancier ne voudrait accepter une hypothèque dans les termes de cet article, s'il n'était pas assuré, au moins quant au rang hypothécaire, en vertu de l'inscription prise sur les biens présents, de telle façon qu'advenant des acquisitions nouvelles, il n'eût pas à redouter d'y être primé par des hypothèques légales ou judiciaires nées avant la date de ces acquisitions, ou même par des hypothèques conventionnelles que le débiteur y pourrait conférer à son préjudice, avant qu'il eût connaissance de l'accroissement survenu

(1) Dès lors les juges peuvent, avant d'accueillir la demande en collocation du créancier sur les biens advenus au débiteur, lui impartir un délai pour provoquer, sus les biens présents, un ordre amiable ou judiciaire. Voy. l'arrêt de Cour de Nancy du 22 août 1867, cité à l'une des dernières notes.

(2) Voy. Angers, 14 juill. 1842 (S.-V., 42, 2, 469; Dall., 42, 2, 203; *J. Pal.*, 1842, t. II, p. 142). — *Junge :* MM. Favard de Langlade (v° Hyp., sect. 2, § 3, n° 10); Rolland de Villargues (v° Hyp., n° 282); Caquot (*J. du notariat*, n°s 212, 219 et 245).

dans la fortune immobilière de ce dernier. — On a invoqué même la discussion de la loi, et notamment la différence notable existant entre le projet soumis à la discussion et la rédaction définitive. En effet, la Cour de cassation, qui, ainsi que nous l'avons fait remarquer plus haut, ramena les esprits au principe de la spécialité pour l'hypothèque conventionnelle, proposait de dire, par exception, que « si les biens présents et libres du débiteur étaient insuffisants pour la sûreté de la créance, il pourrait, en exprimant cette insuffisance, consentir que le créancier *pût s'inscrire sur chacun des biens à venir*, *à mesure de leur acquisition*, sans préjudice du droit de faire réduire les inscriptions excessives que le créancier aurait faites en conséquence » (1) ; et au lieu de dire, comme la Cour de cassation, que le débiteur devrait consentir à ce que le créancier pût *s'inscrire,* les rédacteurs de la loi ont dit que le débiteur peut consentir que les biens à venir *demeurent affectés à mesure des acquisitions.*

Mais il n'y a en tout cela rien de décisif. C'est l'opinion que nous avons exprimée ailleurs à différentes reprises (2); l'étude que nous faisons du système de la loi prise dans son ensemble ne fait que la confirmer.

Nous écartons tout d'abord l'objection tirée de la discussion de la loi. Un peu d'attention suffit à faire reconnaître que le changement de rédaction dont on tire avantage a été fait uniquement dans un intérêt d'ordre et de méthode. Placé sous la rubrique de l'hypothèque conventionnelle et parmi les dispositions qui ont trait au caractère de cette hypothèque, notre article n'avait pas à s'occuper de l'inscription à laquelle le Code consacre un chapitre spécial. La Cour de cassation, dans son projet, n'y avait pas pris garde, et l'on voit qu'au lieu de diviser là où la division était nécessaire, elle réunissait dans une même disposition des choses complétement distinctes, à savoir : le droit hypothécaire en lui-même, l'inscription et la réduction. Il était tout simple que, dans la révision de ce projet, où l'on trouvait confondues des idées qui chacune avait sa place dans le cadre de la loi, ces idées fussent séparées et classées dans leur ordre. Ainsi fut-il fait : le droit hypothécaire fut consacré dans l'art. 2130; ce qui avait trait à l'inscription fut renvoyé à l'art. 2148, et ce qui concerne le droit de réduction fut réservé pour l'art. 2161 (qui, du reste, n'admet pas l'avis émis sur ce point par la Cour de cassation; *infrà,* n° 687). Ainsi limité dans son objet, l'art. 2130 s'explique donc à merveille; et le verbe *affecter,* qui a été substitué au verbe *s'inscrire,* y est d'une exactitude parfaite. En effet, le débiteur, dans le cas de l'article, *affecte* éventuellement des biens non encore acquis : il les affecte, sauf ensuite au créancier à prendre les mesures et à remplir les formalités prescrites par la loi, pour que cette affectation éventuelle soit efficace. Et la preuve que notre article ne dit rien de plus, la preuve notamment que sa pensée n'est

(1) Voy. M. Fenet (t. II, p. 660).
(2) Voy. *Revue de législation* (année 1846, t. II, p. 327) ; *Journal du notariat* (n° 243) ; *Revue critique* (t. V, p. 18).

pas allée jusqu'à affranchir le créancier de la nécessité d'accomplir les formalités susceptibles de réaliser l'hypothèque sur les biens à venir, résulte des explications mêmes dont l'article a été l'objet dans les diverses phases de la discussion. Ainsi, au conseil d'État, M. Bigot-Préameneu disait : « Les partisans de la loi de l'an 7 y proposent quelque modification; ils veulent que, si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il puisse, en exprimant cette insuffisance, consentir que le créancier s'*inscrive sur chacun des biens à venir, à mesure de leur acquisition*... » (1) Au Tribunat, M. Grenier disait également dans son Rapport : « Si les biens présents et libres du débiteur étaient insuffisants... il peut consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite demeure affecté à la créance, à mesure des acquisitions. *Quoique alors il n'y ait d'hypothèque en faveur du créancier*, *relativement aux biens à venir*, *qu'à compter de chaque inscription*, on ne verra pas moins là une facilité en faveur du débiteur... » (2) Enfin, au Corps législatif, M. Treilhard disait dans l'Exposé des motifs : « Tout ce que peut désirer un citoyen, c'est de pouvoir, quand ses facultés présentes sont trop faibles, *donner à son créancier le droit de s'inscrire par la suite sur le premier ou le second immeuble qu'il acquerra; c'est une affectation spéciale qui se réalise par l'inscription, lorsque l'immeuble est acquis.* » (3) — Il n'y a donc pas d'équivoque possible sur la pensée des rédacteurs de la loi.

Mais oublions ce commentaire législatif, pourtant bien précis et bien énergique : prenons le texte dans ses rapports avec le système général de la loi. Que dit-il? Que le débiteur pourra, en exprimant l'insuffisance des biens actuels, consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite demeure affecté à mesure des acquisitions. Cela peut-il vouloir dire que le consentement du débiteur aura pour effet de grever dès à présent et par lui-même tous les biens à venir, et faire sortir immédiatement de la convention une hypothèque qui, par rapport à ces biens, prendra rang à dater de cette convention même, ou au moins de l'inscription qui en aurait été faite? Non, évidemment; et la preuve en est dans l'économie de l'art. 2148, relatif au mode d'inscription. Cet article, lorsqu'il exige que le bordereau à représenter par le créancier contienne, entre autres choses, l'indication de l'espèce et de la situation des biens, ajoute immédiatement que cette formalité n'est pas nécessaire en ce qui concerne les hypothèques légale et judiciaire, ce qui se conçoit bien, ces hypothèques impliquant une idée de généralité qui les fait s'étendre sur tous les biens du débiteur, et rend par cela même toute désignation inutile. Or cette exception, la loi ne la fait pas en faveur de l'hypothèque conventionnelle des biens à venir dans les termes de notre article. Que conclure donc de tout ceci? Que l'hypothèque dont il s'agit dans cet article n'est pas générale en principe; qu'elle conserve, au contraire, le caractère de la spécialité, et, partant,

(1) Voy. M. Fenet (t. XV, p. 251).
(2) *Ibid.* (p. 496).
(3) *Ibid.* (t. XV, p. 464).

que le créancier auquel elle est accordée n'est pas dispensé d'indiquer sur le bordereau l'espèce et la situation des biens sur lesquels il entend conserver son droit hypothécaire. Cela étant, notre question est résolue par cela même ; car si l'inscription doit contenir l'espèce et la situation des biens soumis à l'hypothèque, comment cette inscription pourrait-elle précéder l'acquisition des immeubles par le débiteur? L'hypothèque consentie dans les termes de l'art. 2130 ne sera donc réalisée, quant aux biens à venir, qu'au moyen d'inscriptions successives, faites à mesure des acquisitions.

Sans doute il arrivera, dans ce système, que le créancier aura sur les biens à venir une hypothèque dont la date sera différente de celle de l'hypothèque des biens présents ; il pourra arriver même que l'hypothèque sera sans utilité par l'effet d'hypothèques légale ou judiciaire qui auraient pris naissance avant que le débiteur eût fait des acquisitions nouvelles. Mais ces périls et ces inconvénients, qui d'ailleurs s'attachent à toute hypothèque conventionnelle, laquelle peut aussi être rendue inefficace, malgré l'inscription, par une hypothèque générale ignorée, ne sauraient changer la nature même des choses, ni surtout ajouter à la loi en créant une hypothèque qui, n'étant ni judiciaire ni légale, aurait cependant le bénéfice et les avantages de la généralité (1).

686. Ceci dit sur les conditions dans lesquelles doit être renfermée la stipulation prévue par notre article, il y a deux points sur lesquels nous avons à insister : l'un, que l'hypothèque, bien qu'elle puisse s'étendre éventuellement sur les biens à venir du débiteur, n'en procède pas moins de la convention et demeure, par conséquent, hypothèque conventionnelle ; l'autre, que, dans le cas proposé. l'affectation des biens à venir est purement subsidiaire. Ces deux points, établis déjà par tout ce qui précède, impliquent des conséquences qu'il faut préciser.

687. D'un côté, de ce que l'hypothèque est *conventionnelle* il s'induit que la règle de réduction posée, soit dans les art. 2143 et suivants (*suprà,* n° 554), soit dans l'art. 2161 (*suprà,* n° 600), ne lui est pas applicable. « La modification de l'hypothèque spéciale, dit cependant M. Grenier, qui résulte de l'art. 2130, fait naître l'idée de rapprocher cette hypothèque, ainsi modifiée, de l'hypothèque judiciaire, et même de l'hypothèque légale, à l'égard desquelles la réduction est admise. Lorsque le debiteur ne peut régler lui-même les limites de l'hypothèque conventionnelle, par l'effet de l'ascendant que le créancier prend sur lui, c'est le cas d'invoquer l'esprit de l'art. 2161. » (2) M. Grenier raisonne en ceci comme si le projet proposé par la Cour de cassation (*suprà,*

---

(1) C'est, au surplus, la solution qui prévaut en doctrine et en jurisprudence. Voy. Cour de cass., 27 avr. 1846 ; Paris, 23 févr. 1835, 20 juill. 1836, 20 juin 1846 ; Poitiers, 23 févr. 1844 ; Grenoble, 17 févr. 1847 (S.-V., 35, 2, 209 ; 45, 2, 212 ; 46, 1, 373, et 2, 333 ; 48, 2, 55 ; *J. Pal.*, 1846, t. II, p. 723 ; 1848, t. I, p. 494 ; Dall., 48, 2, 52). — Voy. aussi MM. Grenier (t. I, n° 62) ; Persil (art. 2130, n°s 5 et 6) ; Tarrible (v° Inscr. hyp., § 5, n° 12) ; Duranton (t. XIX, n° 379) ; Dalloz (*Hyp.*, p. 202, n° 8) ; Troplong (n° 540).

(2) Voy. M. Grenier (t. I, n° 63). — *Junge*, dans le même sens, MM. Tarrible (*Rép.*, v° Rad. d'hyp., n° 12) ; Battur (n° 700) ; Zachariæ (t. II, p. 185, note 5). Mais voy. MM. Dalloz (p. 436, n° 21) ; Troplong (n°s 749, 772).

n° 685) avait prévalu ; mais il en est autrement, et c'est précisément par l'art. 2161, auquel M. Grenier renvoie, que le projet a été rejeté dans la portion qui étendait le principe de réduction à l'hypothèque consentie dans les termes de notre article. Cette hypothèque, en effet, bien qu'elle puisse s'étendre exceptionnellement aux biens à venir du débiteur, ne résulte ni de la loi, ni d'un jugement ; elle est donc bien une hypothèque *conventionnelle*. Or l'art. 2161, en posant le principe de la réduction, dit formellement que ce principe n'est pas applicable aux hypothèques *conventionnelles*. Et, comme il ne fait aucune réserve, il faut bien admettre que la prohibition est absolue et qu'elle atteint l'hypothèque conventionnelle, soit qu'elle se produise dans le cas exceptionnel de l'art. 2130, soit qu'elle se produise dans le cas normal de l'art. 2129 (voy. *suprà*, n° 603).

688. D'un autre côté, de ce que l'affectation des immeubles à venir est purement subsidiaire, il s'induit que celui qui n'aurait pas des biens présents qu'il pût affecter principalement ne pourrait pas offrir en gage ses biens à venir. C'est là pourtant un point très-contesté. A l'origine, comme on l'a vu au n° 680, on s'était fait un argument contre la loi de cette impossibilité même ; on lui avait reproché de se montrer injuste et inconséquente, en marchandant ainsi sa bienveillance et son secours, et en les refusant précisément à celui dont la position les réclame le plus impérieusement. Et puis, comme, malgré ces critiques, la disposition a été maintenue, ce qui avait été une considération de législation a passé dans la doctrine comme une théorie de droit ; et l'on dit aujourd'hui que, puisque la loi accorde à celui dont les immeubles présents sont insuffisants la faculté d'hypothéquer éventuellement ses biens à venir, à plus forte raison elle a dû vouloir accorder la même faveur à celui qui, n'ayant pas d'immeubles présents, a plus besoin qu'aucun autre de faire ressource, dans l'intérêt de son crédit, des immeubles qu'il pourra acquérir ultérieurement (1). A notre avis, cette solution est contraire au système de la loi. D'abord le texte de notre article y résiste absolument : il parle de celui dont les immeubles présents *sont insuffisants*, et, comme la disposition est exceptionnelle, il n'est pas permis, en principe, de l'étendre à un autre cas que celui qu'elle prévoit. Ensuite, la restriction de la loi a sa raison d'être et trouve son explication très-logique dans le principe même de la spécialité de l'hypothèque conventionnelle. Tout en modifiant ce principe et en lui portant atteinte dans une certaine mesure, notre article ne veut pas le détruire ; et il s'y rattache précisément par cette obligation qu'il impose au débiteur d'avoir des biens présents dans une mesure quelconque, des biens qui puissent être affectés immédiatement et d'une manière spéciale, sans préjudice des immeubles futurs, qui ne sont offerts au créancier et ne peuvent être acceptés par lui que comme un supplément de garantie. En d'autres termes, même dans le cas de notre article, l'affectation des

(1) Voy. Besançon, 21 août 1811. — Voy. aussi MM. Grenier (t. I, n° 63) ; Rolland de Villargues (v° Hyp., n° 274) ; Troplong (n° 538 *bis*).

biens *présents* constitue le *principal;* c'est là le contrat hypothécaire; ce sont ces biens présents que le débiteur engage réellement. Quant à l'affectation des immeubles *futurs,* elle est un pur *subsidiaire,* une éventualité dont le résultat est incertain ; et c'est par là que notre solution se trouve pleinement justifiée, en ce que l'on ne comprendrait pas que l'obligation *subsidiaire* fût permise à qui n'a pas la possibilité de prendre l'engagement *principal* (1).

IV. — 689. Après avoir supposé l'insuffisance des immeubles présents au moment de la constitution d'hypothèque, le législateur suppose que les immeubles présents étant suffisants à ce moment, ou ayant été acceptés comme tels par le créancier, ont péri depuis la formation du contrat hypothécaire ou ont éprouvé des dégradations qui les rendent insuffisants ; et de même que l'art. 2130, dans le premier cas, est venu en aide au crédit du débiteur au détriment, dans une certaine mesure, du principe de la spécialité, de même l'art. 2131, dans le second cas, va venir au secours du créancier, au détriment de ce même principe.

Ici, et à ne consulter que la rigueur du droit, on aurait pu dire que la spécialité, dont l'effet précisément est de cantonner l'hypothèque sur un immeuble déterminé, exige que le débiteur, dès qu'il a fourni le gage, soit considéré comme ayant satisfait à son obligation *réelle* et en étant quitte désormais, quels que soient les événements par lesquels ce gage serait ultérieurement amoindri ou même détruit. Mais l'équité législative ne permettait pas que le créancier, qui avait fait de l'hypothèque la condition du terme stipulé, fût abandonné quand la garantie réelle sur la foi de laquelle il a livré ses fonds lui fait défaut ou devient insuffisante. C'est la pensée de l'art. 2131, qui, en conséquence, dispose que, « pareillement, en cas que l'immeuble ou les immeubles présents, assujettis à l'hypothèque, eussent péri ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci pourra, ou poursuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque. »

Sur quoi nous avons à préciser l'objet de notre article sous le triple rapport de l'hypothèse qu'il prévoit, du secours qu'il offre au créancier, des hypothèques en vue desquelles il statue.

690. Quant à l'hypothèse de la loi, elle est nettement posée. Notre article prend le contrat hypothécaire dans son objet même. Ce contrat manifeste de la part du créancier la volonté de ne pas suivre la foi de son débiteur ; le créancier a voulu et le débiteur a donné une garantie réelle, une sûreté qui doit répondre de la dette jusqu'au jour du payement. Cette sûreté est la condition même du terme accordé au débiteur.

---

(1) Voy. Riom, 25 nov. 1830 ; Nancy, 16 août 1831 ; Caen, 26 juill. 1830, 21 févr. 1831, 4 avr. 1842 ; Lyon, 12 déc. 1837, 9 avr. 1845 ; Dijon, 25 avr. 1855 (S.-V., 42, 2, 399 ; 56, 2, 185 ; Dall., 55, 2, 218) ; Cass., 30 janv. 1872 (Dall., 74, 1, 99 ; S.-V., 73, 1, 404 ; *J. Pal.*, 1873, p. 983). *Junge* l'arrêt déjà cité de la Cour de Nancy du 22 août 1867. — Voy. aussi MM. Persil (art. 2130, n° 7) ; Delvincourt (t. III, p. 538) ; Dalloz (p. 202, n° 10) ; Duranton (t. XIX, n° 375) ; Zachariæ (t. II, p. 136) ; Taulier (t. VII, p. 265).

Si donc elle vient à disparaître parce que l'immeuble sur lequel elle reposait a péri, ou si elle ne se maintient pas entière et complète à cause de dégradations éprouvées par l'immeuble, le débiteur doit s'acquitter immédiatement, à moins qu'il ne rétablisse le créancier dans la condition primitive en lui donnant de nouvelles garanties réelles ou en complétant celles qui restent. Telle est l'hypothèse de la loi qui, ainsi, suppose deux choses sur lesquelles nous aurons à nous expliquer successivement : l'une, que le recrouvrement de la créance est suspendu par le bénéfice du terme; l'autre, que, pendant la suspension, l'hypothèque est devenue inefficace par la perte totale ou partielle de l'immeuble sur lequel elle était assise.

691. En ce qui concerne la première circonstance, elle s'explique d'elle-même. Si le recouvrement de la créance n'est pas suspendu par le bénéfice du terme; si, au lieu de cela, il s'agissait d'une créance exigible ou échue, on ne serait pas dans le cas de notre article. Il ne saurait être question alors de remplacer ou de compléter les sûretés réelles données originairement par un contrat hypothécaire auquel l'exigibilité de la créance ou l'échéance du terme a mis fin; il ne reste plus que l'exécution par le créancier, sauf, bien entendu, le droit pour lui d'actionner son débiteur, s'il y a lieu, et d'obtenir contre lui un jugement de condamnation auquel s'attacherait l'hypothèque judiciaire (voy. *suprà*, n° 594). Ceci est tout simple, et nous n'avons pas à y insister. Signalons pourtant une espèce dans laquelle la pensée de la loi avait été dès l'abord bien gravement méconnue. — En 1846, L... prête à C... une somme de 37 500 francs, avec intérêt à 5 pour 100, remboursable le 1er janvier 1848, et stipule, comme garantie du remboursement, une hypothèque sur les parts et portions indivises appartenant à C..., dans quelques immeubles situés dans la commune de Neuilly. L'échéance survient, mais aucun payement n'avait eu lieu; et comme après l'échéance les immeubles grevés de l'hypothèque de L... se trouvèrent sur le point d'être vendus sur la poursuite d'autres créanciers, ce dernier présenta cette menace de dépossession comme un fait susceptible d'amoindrir son gage et de le rendre insuffisant, et requit une condamnation à l'effet d'acquérir une hypothèque judiciaire sur les autres immeubles présents et à venir de son débiteur. En ces termes, le créancier exerçait une action qui était dans son droit; et cette action devait être accueillie. Elle le fut en effet; mais comment et sur quels motifs? Le Tribunal de la Seine déclara « que le créancier qui accepte pour garantie une hypothèque spéciale doit s'en contenter parce que, si les conventions font la loi des parties, *ce principe reçoit exception, aux termes de l'art.* 2131, *lorsque l'immeuble ou les immeubles présents assujettis à l'hypothèque ont péri ou éprouvé des dégradations de manière à ne plus présenter au créancier qu'une sûreté insuffisante.* » Évidemment la disposition de l'art. 2131 ne pouvait pas être invoquée plus mal à propos, puisque la créance dont il s'agissait au procès était *échue* déjà au moment où était survenue la diminution du gage. En l'état, et quand le contrat hypothécaire avait pris fin, sauf l'exécution

dont il était susceptible, il fallait laisser à l'écart une disposition qui, précisément, suppose subsistantes les causes du contrat et a pour objet principal d'offrir au débiteur le moyen d'en rétablir les conditions accidentellement détruites par la perte ou la diminution du gage en considération duquel la convention s'est formée. Cela a été expressément reconnu par la Cour de Paris, qui, en statuant sur l'appel, s'en est tenue à décider que, lorsque les immeubles spécialement affectés au remboursement d'une créance ne présentent plus au créancier que des sûretés insuffisantes, ce dernier peut, *non point exiger un supplément d'hypothèque dans les termes de l'art.* 2131, *si la créance est échue,* mais bien recourir à une condamnation hypothécaire qui lui assure sur tous les biens présents et à venir du débiteur l'exécution de son obligation (1). En ces termes, la décision nous paraît d'une exactitude parfaite; elle contient une application spéciale des principes exposés plus haut dans notre commentaire de l'art. 2123 (*suprà,* n° 594; voy. aussi n° 569), et sur lesquels nous n'avons pas à revenir ici.

692. La seconde circonstance exige plus de développements. La loi suppose la *perte* ou la dégradation des immeubles qui forment le gage hypothécaire. C'est dans ce cas qu'elle pose cette alternative (sur laquelle nous allons revenir tout à l'heure) entre le supplément d'hypothèque ou le remboursement immédiat du créancier. Mais cette alternative est-elle ouverte dans tous les cas où le gage hypothécaire vient à périr ou à être dégradé entre les mains du débiteur? La disposition de notre article devient-elle applicable dans toutes les circonstances où le gage ne présente pas une sûreté suffisante? Non, assurément; et c'est ici que nous devons préciser.

Il y a d'abord un premier point à noter : c'est que le gage hypothécaire peut périr ou être dégradé soit par le fait ou la faute du débiteur, soit sans son fait ni sa faute. Par exemple, Paul a conféré hypothèque sur un bois de haute futaie, et il abat la futaie; ou sur une maison, et il démolit cette maison : évidemment, c'est la faute de Paul, dans ce cas, si le gage hypothécaire de son créancier périt ou est diminué. Mais Paul a hypothéqué un champ, et des parties notables de ce champ sont emportées par la force des eaux; il a hypothéqué un bâtiment, et le feu du ciel détruit ce bâtiment en tout ou en partie : ici, c'est le cas fortuit ou la force majeure qui occasionne la perte ou la détérioration du gage hypothécaire, et Paul n'y est pour rien. Notre article a-t-il en vue les deux hypothèses? Non : la première est réglée par une disposition spéciale que celle de notre article n'affaiblit en aucune façon. Cette disposition spéciale, c'est celle de l'art. 1188, d'après lequel « le débiteur *ne peut plus réclamer le bénéfice du terme* lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque, *par son fait,* il a diminué les sûretés qu'il avait données, par le contrat, à son créancier. » Ainsi, dans tous les cas où, soit la perte, soit la diminution du gage, sera imputable au débiteur, celui-ci

---

(1) Paris, 6 avr. 1850 (*J. Pal.*, 1850, t. I, p. 595; Dall., 50, 5, 276). — *Comp.* Paris, 15 mai 1865 (S.-V., 65, 2, 257; *J. Pal.*, 1865, p. 1012).

pourra être contraint à rembourser immédiatement (1). Sans doute, le créancier, s'il le veut, demandera un supplément de garantie ou se contentera de ce supplément s'il lui est offert par le débiteur; mais c'est purement facultatif. Si le créancier use du droit qu'il a de demander son remboursement immédiat, il faudra que le débiteur s'exécute, le gage quoique *diminué* fût-il encore suffisant pour la sûreté du créancier, parce que *par son fait* le débiteur a perdu le bénéfice du terme; parce qu'il suffit de la *diminution* du gage pour que la déchéance du terme soit encourue; parce que, enfin, cette déchéance est une *peine* qui frappe le débiteur, et doit l'atteindre par cela seul qu'il a par son fait *entamé,* dans une proportion quelconque, les sûretés qu'il avait données. Ainsi le veut l'art. 1188; et notre art. 2131 n'est nullement écrit pour ce cas. Reste donc la seconde hypothèse, celle dans laquelle la perte du gage ou les dégradations qu'il a éprrouvées sont survenues sans le fait ni la faute du débiteur (2). C'est précisément cette hypothèse que prévoit notre article, dont la disposition se concilie ainsi avec celle de l'art. 1188.

693. Mais ce n'est pas tout : même dans cette limite, toute diminution des sûretés hypothécaires ne donne pas lieu à l'application de notre article; il faut, pour que l'hypothèse de la loi se réalise : 1° que la diminution des sûretés procède d'une perte ou d'une dégradation matérielle du gage hypothécaire; 2° que ce gage soit devenu insuffisant depuis la formation du contrat; 3° que l'insuffisance soit le résultat d'événements que le créancier n'a pas dû prévoir.

Ainsi, en premier lieu, il faut qu'il s'agisse d'une perte ou d'une dégradation matérielle. Donc, notre article ne s'appliquerait pas, si la diminution des sûretés provenait de changements ou de modifications survenus dans les conditions de localité ou dans telles autres circonstances qui ôteraient à l'immeuble une valeur plus ou moins considérable. Par exemple, je vous ai donné hypothèque sur une maison qui, à cause de sa situation, valait 50 000 francs; mais la route sur laquelle cette maison était établie est supprimée, et ma maison ne vaut plus que 30 000 francs; vous n'aurez pas le droit d'invoquer la disposition de notre article, la créance que vous avez sur moi fût-elle supérieure à cette dernière valeur de 30 000 francs. Il y a là, sans doute, une dépréciation du gage; mais ce gage reste physiquement le même; il n'a pas péri et n'est pas dégradé : or, l'hypothèse prévue par notre article est celle de la perte ou de la dégradation du gage hypothécaire.

En second lieu, il faut que les sûretés réelles soient devenues insuffisantes depuis la formation du contrat hypothécaire. Il est bien clair, en effet, que si dès l'origine vous avez accepté une hypothèque sur un

(1) La règle est, en effet, applicable aux dettes privilégiées et aux dettes hypothécaires aussi bien qu'aux dettes pures et simples. Angers, 15 mai 1861 (S.-V., 61, 2, 442; Dall., 61, 2, 107; *J. Pal.*, 1862, p. 7). *Junge:* Marcadé (sur l'art. 1188). Et on en trouvait une application remarquable dans la jurisprudence d'après laquelle, avant la loi du 12 février 1872, la faillite du preneur rendait immédiatement exigibles, en faveur du bailleur, tous les loyers à échoir (voy. *suprà*, n° 129 *bis*).

(2) *Comp.* Orléans, 24 mars 1859 (S.-V., 59, 2, 673; *J. Pal.*, 1859, p. 727).

immeuble dont la valeur était inférieure au montant de la créance pour sûreté de laquelle cette hypothèque avait été stipulée, vous n'avez ni plaintes ni réclamation à élever, car la position est et reste exactement ce que vous avez voulu qu'elle fût. Pourtant, il paraît résulter d'un arrêt de la Cour de Riom que le créancier qui découvre que les sûretés à lui données, et dont il s'est contenté, sont réellement insuffisantes, peut poursuivre son remboursement, encore que l'insuffisance existât dès l'époque du contrat et que le débiteur n'ait rien fait depuis le contrat pour diminuer le gage de sa dette (1). Des circonstances restées inconnues expliqueraient sans doute l'arrêt; sans cela, la décision en est manifestement erronée. Quand bien même l'insuffisance n'aurait été découverte par le créancier qu'après la formation du contrat, il suffirait qu'elle eût existé réellement au moment où le contrat s'est formé pour que tout recours dût être interdit au créancier. La pensée contraire que paraît exprimer l'arrêt est contredite par les termes mêmes de notre article, qui parle du cas où l'immeuble assujetti à l'hypothèque aurait péri ou éprouvé des dégradations de manière qu'*il fût devenu* insuffisant, et qui par là indique nettement que la condition à laquelle est subordonné l'exercice de l'action offerte au créancier est l'insuffisance survenue depuis la formation du contrat hypothécaire.

En troisième lieu, enfin, il faut que l'insuffisance des sûretés soit le résultat d'événements que le créancier ne devait pas prévoir. En effet, si la diminution des sûretés qui est survenue depuis la formation du contrat a été le résultat de faits ou d'événements qui devaient nécessairement entrer dans les prévisions du créancier, celui-ci n'a pas à se plaindre, et il ne pourra pas non plus, dans ce cas, avoir recours à la disposition de notre article. — Par exemple, je vous ai conféré hypothèque sur un bois ou sur une mine; je fais les coupes ordinaires de bois ou des extractions de minerais qui amoindrissent votre gage de manière à le rendre insuffisant : vous n'avez pas à réclamer, car vous avez dû prévoir, en acceptant l'hypothèque, que je conservais en entier le droit d'exploiter mon bois ou ma mine et d'en percevoir les fruits. — Par exemple encore, j'avais sur l'immeuble que je vous ai donné en hypothèque un droit de propriété suspendu par une condition; ou bien encore, l'immeuble sur lequel vous avez pris inscription était grevé entre mes mains de la clause de réméré qu'avait stipulée mon vendeur; et il est arrivé, depuis que le contrat s'est formé entre nous, soit que la condition sous laquelle j'étais propriétaire a défailli, soit que mon vendeur a usé du pacte de rachat qu'il avait stipulé : vous avez perdu votre gage hypothécaire, et vous n'avez pas cependant le bénéfice de notre article, parce que vous avez su que, propriétaire sous une condition suspensive ou résolutoire, je n'avais pu consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions (voy. *suprà*, art. 2125, et notre commentaire), et vous avez nécessairement dû prévoir que la condition pourrait tourner

(1) Riom, 24 août 1810. — Mais voy. MM. Persil (*Rég. hyp.*, art. 2131, n° 5); Duranton (t. XIX, n° 383); Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. V, p. 181, note 7); Aubry et Rau (t. II, p. 869; 4e édit., t. III, p. 436).

contre mon droit et vous enlever votre gage. La Cour de Caen a décidé très-exactement en ce sens que, lorsque par suite d'une licitation entre cohéritiers quelques-uns d'entre eux se sont rendus adjudicataires des immeubles de la succession, le créancier qui avait une hypothèque sur la part indivise du cohéritier non adjudicataire n'est pas fondé à invoquer le bénéfice de l'art. 2131 (1).

En définitive, donc, l'hypothèse de notre article est celle d'un fait accidentel qui, survenu après la convention d'hypothèque, mais imprévu au moment où cette convention s'est formée, entraîne la perte de l'immeuble ou des immeubles hypothéqués, ou les dégrade de telle manière qu'ils deviennent insuffisants pour la sûreté du créancier. Ainsi, une hypothèque est consentie sur un bois, sur une maison, sur un champ, dont la valeur est suffisante pour assurer le remboursement du créancier; le bois est incendié, la maison s'écroule, le champ est entamé par les eaux, et le gage hypothécaire périt en tout ou en partie par l'effet de ces accidents; voilà l'hypothèse de notre article : c'est dans ces cas et dans les cas analogues qu'il offre au créancier l'action que nous allons bientôt préciser.

694. Avant cela, disons quelques mots d'une espèce particulière dont la jurisprudence et la doctrine se sont préoccupées : nous voulons parler du cas où des immeubles ayant été hypothéqués, le débiteur en a consenti ensuite l'aliénation totale ou partielle. La question ne peut pas être ici de savoir si l'art. 2131 est ou n'est pas applicable; car c'est *par le fait* du débiteur que l'immeuble ou les immeubles sur lesquels il avait consenti l'hypothèque de la créance sont sortis de ses mains : or, nous venons de voir que notre article est réservé pour le cas de perte ou de dégradation opérées par cas fortuit ou par force majeure (*suprà*, n° 690). Notre espèce rentrerait donc plutôt dans les prévisions de l'art. 1188 du Code civil. Y rentre-t-elle donc en effet, et ce dernier article, dont nous avons rappelé (*loc. cit.*) la disposition et la portée, est-il réellement applicable? Il faut distinguer.

Si la vente consentie par le débiteur après la constitution d'hypothèque a eu pour objet la totalité des immeubles hypothéqués, lesquels auraient été vendus pour un seul et même prix, il n'y a pas de motif pour que le débiteur soit déchu du bénéfice du terme, car l'hypothèque qu'il avait consentie ne le dépouillait pas du droit d'aliéner. D'une autre part, comme l'hypothèque suit les immeubles hypothéqués en quelques mains qu'ils passent, il n'y a pas de motif non plus pour que le créancier soit investi du droit de réclamer du débiteur son remboursement immédiat. C'est la solution que suppose l'art. 2167 lorsqu'il dit que le tiers détenteur qui demeure, par le fait seul des inscriptions, obligé comme détenteur à toutes les dettes hypothécaires, *jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire* (voy. plus bas le commentaire de cet article, n° 1123).

Si la vente a eu pour objet seulement une partie des immeubles hy-

(1) Voy. Caen, 25 févr. 1837 (S.-V., 37, 2, 154; Dall., 38, 2, 97; *J. Pal.*, à sa date).

pothéqués, nous nous prononcerons dans le même sens (car les raisons de décider seraient les mêmes), dans le cas où la portion vendue procurerait un prix suffisant pour couvrir, en principal et accessoires, la créance à la sûreté de laquelle l'immeuble avait été hypothéqué. Mais, s'il en était autrement, l'art. 1188 serait applicable, et le créancier, à notre avis, pourrait requérir contre son débiteur la déchéance du terme, mais seulement dans le cas où l'acquéreur aurait opéré la purge de l'hypothèque. Ici la raison de décider se trouve dans l'indivisibilité de l'hypothèque (voy. *suprà*, nos 330 et suiv., et notamment le n° 335). Ce principe de l'indivisibilité ne permet pas que le créancier puisse être contraint à recevoir son payement par parties. Or il y serait contraint dans le cas particulier, à moins de s'exposer à perdre à la fois tout droit sur le prix et sur la chose, faute de se présenter à l'ordre ouvert à la suite de la purge, sur le prix de l'immeuble aliéné. Aussi la jurisprudence admet-elle que, dès l'instant de la purge, dans le cas proposé, le créancier peut s'emparer de l'art. 1188 du Code civil, et obliger son débiteur à lui rembourser immédiatement sa créance (1). La jurisprudence va plus loin encore. Elle décide que ce droit existe au profit du créancier, par le seul fait de l'aliénation partielle des immeubles hypothéqués, à partir de la vente, et avant que l'acquéreur se soit mis en mesure de purger. C'est du moins la jurisprudence dominante, qui se fonde sur ce que, dès l'instant de la vente, le créancier est exposé à recevoir un payement partiel, ce qui constitue légalement une diminution des sûretés résultant de l'hypothèque (2). Nous ne pensons pas que l'on doive aller jusque-là, et nous disons avec M. Toullier, dont la doctrine, d'ailleurs, est suivie par la majorité des auteurs, que ce n'est point sur la simple possibilité de voir ses sûretés diminuées que le créancier trouve dans l'art. 1188 le droit de demander la déchéance du terme accordé à son débiteur, mais que c'est sur le fait même de la diminution de ces sûretés (3).

695. Après cette excursion sur le domaine de l'art. 1188, nous revenons à notre art. 2131, et nous passons au second point de nos observations, qui est la détermination précise du secours offert par cet article au créancier dans le cas qu'il prévoit.

A cet égard, nous rappelons que, dans la pensée de notre article, le fait qui a détruit ou amoindri le gage hypothécaire de manière à le rendre insuffisant pour la sûreté du créancier, n'est point imputable au débiteur. Cela étant, il n'y a pas ici à parler de la *déchéance du terme*, comme dans le cas de l'art. 1188 : aussi notre article n'en parle-t-il pas. Mais on l'a accusé de manquer d'exactitude dans cette phrase :

---

(1) Rej., 9 janv. 1810; Angers, 28 févr. 1822; Poitiers, 13 janv. 1830.

(2) Cass., 4 mai 1812; Paris, 21 janv. 1814; Poitiers, 11 juin 1819 et 28 déc. 1831; Pau, 23 avr. 1834 (S.-V., 32, 2, 636; 35, 2, 120; Dall., 32, 2, 32; *J. Pal.*, à leur date).

(3) Voy. MM. Toullier (t. VI, n° 667); Delvincourt (t. II, p. 492); Duranton (t. XI, nos 126 et suiv., et t. XIX, n° 384); Troplong (n° 544). — *Junge* : Paris, 11 févr. 1815. — Voy. aussi Douai, 16 juin 1847 (Dall., 49, 2, 246; S.-V., 49, 2, 39; *J. Pal.*, 1847, t. II, p. 263).

« Le créancier pourra ou poursuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque. » On a prétendu en faire résulter que le créancier aurait le choix entre les deux partis indiqués par la loi, à savoir : le remboursement immédiat ou le supplément d'hypothèque ; et que, dans ce cas aussi bien que dans celui de l'art. 1188, le débiteur n'aurait aucun moyen de résister à l'action en remboursement dès que le créancier l'aurait intentée. Mais c'était mal entendre la loi que de la prendre en ce sens : elle n'a pas voulu que le débiteur fût nécessairement déchu du bénéfice du terme lorsque le gage hypothécaire a péri ou a été dégradé par cas fortuit ou par force majeure ; au contraire, elle fait entendre clairement que si, dans ce cas, le créancier peut demander le remboursement immédiat de sa créance, il appartient toujours au débiteur d'arrêter l'action tendante au remboursement, en offrant de compléter l'insuffisance du gage hypothécaire par un supplément d'hypothèque, et que ce supplément, une fois offert, ne pourra pas être refusé, pourvu d'ailleurs qu'il procure des sûretés évidemment suffisantes. Ainsi, le choix dans l'alternative posée par notre article, appartient autant au débiteur qui a la faculté d'offrir un supplément d'hypothèque, soit principalement avant toute demande, soit par exception à la demande en payement, qu'au créancier qui demandera presque toujours le remboursement immédiat. Telle est la pensée de notre article (1) : c'est sans motif que, sous prétexte de le rendre plus précis et plus net, les projets de réforme préparés en 1841 en proposaient une rédaction modifiée (2).

696. Ceci posé, il y a quelques points à noter dans les applications diverses dont la loi est susceptible.

Paul a affecté hypothécairement sa maison de Versailles à Pierre, pour sûreté d'une somme de 20 000 francs que celui-ci avait prêtée pour dix ans, à échoir le 1er janvier 1876. Mais un incendie qui s'est manifesté en janvier 1874 a détruit la maison hypothéquée, et Pierre, qui se trouve privé de son gage hypothécaire, réclame le remboursement immédiat de sa créance et assigne Paul à cet effet. Dans cette situation, si Paul, ayant d'autres immeubles, offre d'y constituer une hypothèque et de rendre à Pierre les sûretés que lui donnait l'hypothèque de la maison incendiée, celui-ci doit se départir de son action, et accepter ce nouveau gage pour sûreté d'une dette qui n'est pas échue encore et ne doit échoir que dans deux ans, et dont le payement

---

(1) Voy. MM. Persil (art. 2131, nos 1 et 2) ; Dalloz (*Rép.*, v° Hyp., p. 203, n° 13) ; Duranton (t. XIX, n° 380) ; Zachariæ (t. II, p. 205 et note 11).

(2) La Faculté de droit de Caen, notamment, proposait de dire : « Si les immeubles affectés à l'hypothèque ont péri, ou éprouvé des dégradations de manière à ce qu'ils soient devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, il a le droit de réclamer le remboursement de sa créance ; *néanmoins, si la perte ou les dégradations ont eu lieu sans la faute du débiteur, celui-ci sera admis à offrir un supplément d'hypothèque* » (*Doc. hyp.*, t. III, p. 343) : modification inutile et malheureuse, car elle aurait fait supposer que la première partie de l'art. 2131 s'applique au cas de faute comme au cas fortuit, contrairement à sa signification véritable. C'est néanmoins en ce sens que ce point est fixé maintenant en Belgique par la loi du 16 décembre 1851, laquelle reproduit dans son art. 79 la rédaction qui avait été proposée en France par la Faculté de Caen. Voy. MM. Delebecque (*Comm. législ.*, p. 285) ; Martou (t. III, p. 105).

dès lors ne peut pas être immédiatement exigé d'un débiteur qui n'a rien fait pour perdre le bénéfice du terme. Le seul point à noter ici, c'est que l'hypothèque donnée à Pierre ne remonte pas au jour où avait été constituée celle dont était grevée la maison de Versailles; c'est une hypothèque nouvelle, et si l'on fait brèche au principe de la spécialité, en ce que la même dette va se trouver garantie par un immeuble autre que celui sur lequel l'hypothèque avait été d'abord cantonnée, l'exception ne va pas au delà et ne permet pas, notamment, que l'hypothèque soit transportée d'un immeuble à l'autre sans solution de continuité: c'est donc une hypothèque nouvelle, qui n'aura rang sur ce second immeuble que du jour de l'inscription à prendre par le créancier (1).

697. Mais dans la même hypothèse, Paul avait, indépendamment de sa maison de Versailles, d'autres immeubles qu'il ne voudrait pas engager, et il n'offre pas une hypothèque nouvelle; ou bien encore il n'a pas d'autres immeubles sur lesquels il puisse offrir de reporter l'hypothèque; ou bien enfin les immeubles qu'il a sont d'une valeur insuffisante pour la sûreté de la créance de Pierre. Dans toutes ces situations, celui-ci pourra suivre sur son action en remboursement immédiat et obtenir un jugement de condamnation. Il n'y a pas à distinguer, en effet, entre le cas où le débiteur s'abstient d'offrir le supplément d'hypothèque, quoiqu'il ait des immeubles qu'il pourrait grever, et celui où l'absence d'offre provient de ce que le débiteur n'a pas d'immeubles sur lesquels l'hypothèque puisse être transportée. Dans l'un et l'autre cas, le créancier se trouve sans la garantie en considération de laquelle il avait accordé terme et délai au débiteur; et dès que celui-ci ne veut ou ne peut donner une autre garantie qui remplace celle qui n'existe plus, il cesse d'être dans la condition qui lui donnait le bénéfice du terme, et il doit rembourser immédiatement: c'est l'alternative posée par le contrat et consacrée par la loi.

Nous ne ferions pas exception même dans le cas où le débiteur, ayant des immeubles insuffisants, se rattacherait à l'art. 2130 et offrirait d'affecter un immeuble à la place de celui qui a péri et de consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite demeure affecté à la créance. L'art. 2130 règle une situation particulière, celle où les biens présents *au moment de la constitution d'hypothèque sont insuffisants pour la sûreté de la créance*. L'hypothèse de notre art. 2131 est toute différente, car elle suppose que les biens présents, au moment de la constitution d'hypothèque, *donnaient au créancier une sûreté complète;* et, dans l'esprit de cet article, le débiteur ne peut être affranchi, après la destruction ou la dégradation du gage, de la nécessité de rembourser immédiatement qu'autant qu'il rend au créancier une sûreté *équivalente* à celle qu'il lui avait d'abord donnée, et *complète* comme elle l'était lors de la formation du contrat.

Le créancier pourra donc, dans tous ces cas, suivre sur son action

---

(1) Voy. MM. Grenier (nº 64); Persil (art. 2131, nº 6); Troplong (nº 543); Martou (nº 1012).

en remboursement et obtenir un jugement de condamnation qui constituera un titre nouveau, de nature différente de celui par lequel l'hypothèque avait été originairement conférée, et substituera à l'hypothèque conventionnelle du créancier une hypothèque judiciaire, laquelle, pourvu qu'elle soit inscrite, atteindra la généralité des immeubles présents et à venir du débiteur, bien que le titre remplacé par le jugement eût limité l'hypothèque à un seul ou à plusieurs immeubles spécialement affectés. C'est l'application de principes exposés plus haut (voy. nº 594).

698. Après ces observations, venons à quelques cas particuliers et spéciaux qu'il est important de relever.

Nous supposons que Paul a conféré à Pierre une hypothèque sur sa maison de Paris pour sûreté d'une somme de 20 000 francs exigible au mois de janvier 1876. Mais en janvier 1873, Paul est exproprié pour cause d'utilité publique; ou bien sa maison est incendiée, et il obtient, soit de l'État à titre d'indemnité d'expropriation, soit d'une compagnie à titre d'indemnité d'assurance, une somme de 100 000 fr. Cette somme pourra-t-elle être prise par Paul? Et celui-ci, usant du bénéfice du terme, pourra-t-il exiger de Pierre, qui demanderait à être payé sur l'indemnité, qu'il accepte une nouvelle hypothèque à la place de celle qu'il tenait du contrat originaire? Il faut distinguer.

Le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique est réglé en termes précis par l'art. 18 de la loi spéciale du 3 mai 1841. D'après cet article, «les actions en résolution, en revendication, *et toutes autres actions réelles,* ne pourront arrêter l'expropriation ni en empêcher l'effet. Le droit des réclamants sera transporté sur le prix, et l'immeuble en demeurera affranchi. » Ainsi, le droit réel résultant de l'hypothèque passe de la chose sur le prix, il s'en empare avec la même puissance qu'il s'était emparé de la chose, et ce prix est attribué aux créanciers inscrits, sans que le débiteur puisse s'y opposer en aucune manière. En d'autres termes, l'indemnité est substituée à l'immeuble, elle en est réellement le prix; et puisque ce prix est là réalisé, il doit être distribué par ordre d'hypothèque aux créanciers inscrits, de la même manière que serait distribué soit le prix que le débiteur aurait obtenu dans le cas de vente librement consentie, soit le prix d'une adjudication sur saisie (1). Ce point a été mis en question en Belgique, où pourtant la loi spéciale sur l'expropriation contient une disposition identique à celle de l'article ci-dessus reproduit de notre loi française (loi du 17 avril 1835, art. 21); la Cour de Liége avait même considéré comme tellement absolue la règle posée par l'art. 2131, qu'elle avait admis un débiteur exproprié à invoquer le bénéfice du terme, et à empêcher son créancier de se venger sur l'indemnité d'expropriation, en le contraignant à recevoir une autre hypothèque à la place de celle dont l'expro-

(1) On trouve, en matière d'indemnité d'émigré, une disposition analogue à celle de l'art. 18 de la loi sur l'expropriation, dans la loi du 27 avril 1825, dont l'art. 18 dit expressément que «...les créanciers exerceront leurs droits suivant le rang des priviléges et hypothèques qu'ils avaient sur les immeubles confisqués... »

priation l'avait privé. Mais sur le pourvoi dont cet arrêt a été l'objet, la Cour de cassation de Belgique a très-justement considéré que la disposition de la loi précitée « est générale et a pour effet de substituer l'indemnité à l'immeuble exproprié, de faire passer celui-ci entre les mains du gouvernement, libre de toutes charges, et de conférer à tous ceux qui avaient des actions réelles à exercer sur l'immeuble, et par conséquent aussi aux créanciers privilégiés et hypothécaires, le droit de poursuivre le recouvrement de leurs créances sur cette indemnité... »; et, par suite, la Cour a cassé l'arrêt attaqué devant elle, en ce que cet arrêt avait fait une fausse application de l'art. 2131 du Code civil, et violé l'article précité de la loi spéciale « en autorisant le débiteur à conserver l'indemnité tout entière et à forcer son créancier de se contenter d'une nouvelle hypothèque. » (1)

Mais on ne peut pas dire également de l'indemnité payée par une compagnie d'assurance au propriétaire d'un immeuble incendié qu'elle soit le prix d'acquisition de l'immeuble, car cet immeuble a péri : l'indemnité est plutôt la représentation ou l'équivalent de la prime payée par le propriétaire et qui est la condition même du contrat d'assurance. Or, dès que cette valeur purement mobilière ne peut pas être considérée comme subrogée à l'immeuble qui avait fait l'objet de l'assurance, il s'ensuit qu'elle ne doit pas recevoir l'empreinte de l'hypothèque dont cet immeuble était grevé. Il résulte pourtant de quelques arrêts que le prix d'assurance serait le gage des créanciers hypothécaires, et devrait leur être distribué par ordre d'hypothèque, à l'exclusion des créanciers chirographaires, ou au moins par préférence à ces derniers créanciers (2). Peut-être serait-il désirable et rationnel qu'il en fût ainsi; car enfin les chirographaires, comme le disent les arrêts auxquels nous faisons allusion, n'avaient rien à prétendre sur l'immeuble qui a péri; et puisque cet immeuble était le gage des hypothécaires, il serait naturel de leur attribuer par préférence une indemnité qui, si elle n'est pas le prix proprement dit de la chose, remplace au moins la chose après sa destruction. C'est dans cette pensée qu'avaient été rédigés les projets de la réforme qui s'élaborait en 1851. Les premiers projets allaient même jusqu'à mettre les compagnies d'assurance, après le sinistre, dans la même position exactement que les tiers acquéreurs d'immeubles grevés d'hypothèques (3); mais les derniers projets y mettaient cette

(1) Cet arrêt de la Cour de cassation de Belgique est du 26 août 1850; il est reproduit par M. Martou (t. III, nº 1009), qui en approuve la décision et les motifs. Les tribunaux français se sont prononcés aussi en ce sens. Voy. Paris, 13 févr. 1858 (S.-V., 58, 2, 170; *J. Pal.*, 1858, p. 124; Dall., 58, 2, 57). *Comp.* Rouen, 12 juin 1863 (S.-V., 63, 2, 175; *J. Pal.*, 1863, p. 1011). Voy. aussi M. Daffry de la Monnoye (*L. de l'exp.*, p. 101). Voy. cependant MM. Delalleau (*Tr. de l'Expr. pour util. publ.*, 4ᵉ édit., t. I, nº 408); de Peyronny et Delamarre (*id.*, nº 249); del Marmol (*Rev. prat.*, p. 209).

(2) Voy. notamment Colmar, 25 août 1826; Rouen, 27 déc. 1828. — Voy. aussi MM. Pouget (*Dict. des ass. terr.*, vº Action directe, nº 3); Sebire et Carteret (*Encycl.*, vº Contr. d'ass. terr., nº 163).

(3) C'était le projet présenté par la commission instituée, en 1849, par le gouvernement. Cette commission, après avoir posé en principe l'extinction du privilége et de l'hypothèque par la perte ou la destruction de la chose, ajoutait que « la valeur de ce qui peut rester de la chose, comme des indemnités dues au propriétaire, serait af-

réserve que l'indemnité due à raison du sinistre ne serait affectée au payement des créanciers privilégiés et hypothécaires qu'autant « que l'indemnité ne serait pas appliquée par l'assureur, conformément aux clauses du contrat, à la reconstruction, à la réparation ou au remboursement des objets assurés. » (1)

Quoi qu'il en soit, il n'y a rien de semblable ni d'analogue dans la loi actuelle; il faut donc s'attacher aux principes. Or, nous le répétons, l'indemnité d'assurance ne peut être assimilée au prix de vente, sous le rapport qui nous occupe. Que le prix soit distribué par ordre d'hypothèque, cela se conçoit, puisqu'il est réellement la représentation de l'immeuble grevé, lequel continue d'exister. Mais on ne s'expliquerait pas, à défaut d'une disposition expresse qui le permît, la distribution par ordre d'hypothèque de l'indemnité d'assurance; car, après le sinistre qui a détruit la chose, ce serait faire revivre le droit de préférence, qui est précisément le droit essentiel résultant de l'hypothèque, contrairement à une disposition positive de la loi, de laquelle il résulte que l'hypothèque s'éteint absolument, sans exception ni réserve, par la perte de la chose (voy. *infrà,* art. 2180, et le commentaire de cet article). Aussi le système des arrêts auxquels nous faisions allusion tout à l'heure n'a-t-il pas prévalu; la jurisprudence dominante, d'accord en cela avec la doctrine, tient aujourd'hui que l'indemnité d'assurance d'un immeuble hypothéqué appartient à l'assuré ou doit être dévolue à tous ses créanciers sans distinction entre les chirographaires et les hypothécaires (2), et cette jurisprudence a été étendue (avec raison, puisque les motifs de décider sont les mêmes) à toutes indemnités dues par des tiers à raison de la perte ou de la détérioration de l'objet grevé de privilége ou d'hypothèque, ou à toutes sommes à restituer par suite de l'exercice des actions en revendication ou résolution (3). — Donc, en cet état de la loi, de la doctrine et de la jurisprudence, il faut dire, sur notre question, que le débiteur indemnisé, dans les termes que

---

fectée au payement des créances privilégiées et hypothécaires, selon le rang de chacune d'elles. » (Rapp. de M. Persil, p. 213.)

(1) C'étaient les termes du projet préparé en 1851 pour la troisième délibération de l'Assemblée législative (art. 2094 et 2191 de ce projet). Nous retrouvons ces termes dans la loi belge du 16 décembre 1851, dont l'art. 10 porte : « Lorsqu'un immeuble, des récoltes ou des effets mobiliers auront été assurés, soit contre l'incendie, soit contre tout autre fléau, la somme qui, au cas de sinistre, se trouvera due par l'assureur, devra, si elle n'est pas appliquée par lui à la réparation de l'objet assuré, être affectée au payement des créances privilégiées ou hypothécaires, selon le rang de chacune d'elles. » Voy. MM. Delebecque (*Comm. législ.*, p. 80); Martou (t. I, p. 261). — Voy. encore là-dessus les Rapports de MM. Bethmont (p. 124) et de Vatimesnil (p. 18 et 59), et les *Doc. hyp. de 1844* (t. III, p. 238, 243, 246 et suiv., 251, 252, 256).

(2) Voy. notamment Cass., 28 juin 1831; Grenoble, 27 févr. 1834 (S.-V., 31, 1, 291; 34, 2, 367; Dall., 31, 1, 214; 34, 2, 168; *J. Pal.*, à leur date). *Junge:* Req., 20 déc. 1859; Lyon, 27 déc. 1861; Req., 31 déc. 1862 (Dall., 60, 1, 68; 62, 2, 114; 63, 1, 423; S.-V., 60, 1, 24; *J. Pal.*, 1860, p. 146; 1862, p. 423; 1864, p. 108); et MM. Duranton (t. XX, n° 328); Alauzet (*Des Assur.*, t. I, n° 145); Troplong (n° 390); Merger (*Rev. prat.*, t. X, p. 75); Merville (*ibid.*, t. XIII, p. 529); Philbert (*Rev. crit.*, t. XVII, p. 450).

(3) Voy. Bourges, 1er févr. 1831; Poitiers, 26 févr. 1839; Cass., 22 août 1842; Orléans, 5 mars 1853 (S.-V., 31, 2, 253; 39, 2, 478; 42, 1, 821; Dall., 55, 2, 341; *J. Pal.*, 1853, t. II, p. 39).

nous venons d'indiquer, de la perte de la chose, n'en a pas moins le droit d'invoquer le bénéfice de l'art. 2131, et que, poursuivi en remboursement immédiat, il peut arrêter l'action en offrant une autre hypothèque à la place de celle qui avait été donnée par le contrat originaire.

698 *bis*. La question se pose également par rapport aux indemnités dues par l'État à raison des dommages résultant de l'exécution de travaux publics. La Cour de cassation n'a pas hésité à assigner à ces indemnités la même nature qu'aux indemnités d'assurance dont nous venons de parler. Elle a jugé spécialement, par rejet d'un pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Rouen, que l'indemnité allouée au propriétaire d'une usine à raison de la suppression de la force motrice de cette usine, résultant de l'exécution de travaux publics sur le cours d'eau où elle est établie, constitue non une indemnité d'expropriation, mais une indemnité purement mobilière, qui, dès lors, n'est pas soumise aux droits réels privilégiés ou hypothécaires grevant l'usine elle-même (1).

La difficulté s'est reproduite récemment à l'occasion de l'indemnité due par l'État pour destruction, démolition ou détérioration d'immeubles autour d'une place de guerre, en prévision d'un siége par l'ennemi. Mais, sur ce point, auquel les désastres et les malheurs de nos dernières années font prendre rang dans la jurisprudence où il était sans précédents jusqu'ici, les tribunaux se sont divisés. Le Tribunal civil de la Seine, qui, le premier, a eu à résoudre la question, a pensé que c'est là une indemnité d'expropriation, et que, comme telle, elle est de sa nature immobilière en ce qu'elle représente l'immeuble; d'où le Tribunal a conclu, par induction de l'art. 18 de la loi du 3 mai 1841, que les droits réels dont l'immeuble était grevé sont reportés sur l'indemnité, l'immeuble en demeurant désormais affranchi (2). Et le Tribunal de Soissons a jugé, au contraire, que cette indemnité est purement mobilière, et que, l'État n'ayant acquis aucune fraction de la propriété détruite ou endommagée, l'indemnité ne saurait constituer une indemnité d'expropriation à laquelle seraient applicables les règles de l'expropriation pour cause d'utilité publique, et notamment la règle posée dans l'art. 18 de la loi du 3 mai 1841 (3). Cette dernière solution est, à notre avis, la meilleure. Il est bien évident qu'il ne saurait y avoir indemnité d'expropriation, dans le sens juridique et vrai du mot, là où le propriétaire n'est en aucune façon exproprié. Or, tel est le cas dans l'espèce. Les lois spéciales concernant la conservation et le classement des places de guerre (10 juillet 1791), et les servitudes imposées à la propriété pour la défense de l'État (17 juillet 1819, 10 août 1853), ont uniquement en vue de faciliter la défense des places fortes, et d'aucune de leurs dispositions on ne saurait conclure qu'elles ont entendu que l'État s'emparerait de la propriété privée pour la faire

---

(1) Rouen, 13 févr. 1868 et Req., 25 janv. 1869 (S.-V., 70, 1, 260; *J. Pal.*, 1870, p. 655).

(2) Trib. de la Seine, 1er mai 1875 (le *Droit* du 4 juin suivant).

(3) Trib. de Soissons, 11 août 1875 (le *Droit* du 6 octobre suivant).

passer dans son domaine. Et, en effet, lorsque l'État, en prévision d'un siége, fait détruire ou démolir autour d'une place de guerre, il n'acquiert pas; il fait disparaître l'obstacle qui pourrait gêner ou entraver la défense. Mais la propriété du sol, des matériaux, ou enfin de tout ce que les travaux laissent subsister, reste toujours fixée sur la tête de celui dont la chose a été atteinte, en sorte que l'action qu'il peut avoir à raison du dommage souffert est une action non point en payement du prix de la chose, mais en réparation du préjudice causé à sa propriété. Par cela même, l'indemnité qu'il pourra obtenir de ce chef sera une valeur purement mobilière sur laquelle dès lors ne pourront être reportés, comme s'il s'agissait d'un prix de vente, les droits réels privilégiés ou hypothécaires dont l'immeuble lui-même était grevé. — Ainsi, dans cette espèce, comme dans la précédente, le propriétaire indemnisé pourrait, le cas échéant, invoquer le bénéfice de l'art. 2131.

699. Un dernier point nous reste à préciser. Nous avons à nous demander si toute hypothèque indistinctement donne droit au créancier d'agir dans les termes de cet article.

A cet égard, on peut dire, *en thèse générale,* qu'il dispose en vue de l'hypothèque conventionnelle. Cela ressort de la place même qu'il occupe dans le Code, puisqu'il est écrit sous la rubrique de l'hypothèque conventionnelle. Et cela s'induit de l'objet même de la loi. Elle a voulu que le créancier, s'il n'est pas remboursé immédiatement, dans un cas où des sûretés spéciales déterminées, et sur lesquelles il devait compter d'après le contrat, ont péri ou sont devenues insuffisantes par force majeure ou cas fortuit, obtienne au moins d'autres sûretés égales ou équivalentes. Or, en thèse générale, cela s'entend du cas où le créancier a une hypothèque conventionnelle, qui, comme spéciale, détermine, en la limitant, la sûreté même sur laquelle il a droit de compter. Cela ne s'entend pas du cas où le créancier a une hypothèque légale ou judiciaire, lesquelles sont générales et donnent pour gage non pas tel ou tel immeuble déterminé, mais toute la fortune immobilière du débiteur, tous ses immeubles présents et à venir, en quelque état qu'ils soient et quelle qu'en soit la consistance au moment où le créancier exercera le droit résultant de son hypothèque. Voilà la règle générale.

700. Mais pourtant il est des cas où des hypothèques, quoique légales ou judiciaires dans leur principe, permettront au créancier d'invoquer la disposition de notre article, et d'autres cas, à l'inverse, où l'hypothèque, quoique conventionnelle dans sa constitution, n'en recevra pas l'application d'une manière complète.

Nous rangeons dans le premier cas les hypothèques légales lorsqu'elles ont été restreintes par application des art. 2140 et suivants, expliqués plus haut (voy. *suprà,* n°s 542 et suiv.), et les hypothèques judiciaires quand les inscriptions ont été réduites dans les termes des art. 2161 et suivants, également expliqués (voy. n° 600). A vrai dire même, ces applications de notre article rentrent dans la thèse générale, car, dans ces cas, comme nous l'avons établi (*loc. cit.*), les hypothèques, quoique légales ou judiciaires dans leur principe, ont été en

quelque sorte spécialisées par la convention ou par le jugement qui en a réduit les effets. Ceci répond à l'objection présentée par quelques auteurs, qui, en combattant notre solution, se fondent exclusivement sur ce que l'art. 2131 est placé sous la rubrique des hypothèques conventionnelles (1). On comprend que l'objection est sans force en présence d'une convention qui, en retirant à l'hypothèque primitivement générale son caractère de généralité, la ramène aux conditions de l'hypothèque conventionnelle. L'hypothèque légale ou judiciaire ainsi restreinte étant destinée alors, comme l'hypothèque conventionnelle stipulée, à procurer une sûreté suffisante eu égard aux droits à conserver, se trouve, comme elle, susceptible d'un supplément dans les cas déterminés par notre article (voy. *suprà*, nos 552, 556, 557, 603). Ce sont les termes d'un arrêt par lequel la Cour de Rouen consacre cette solution, qui, du reste, est admise par la généralité des auteurs (2).

Nous mettons dans le second cas l'hypothèque conventionnelle consentie dans les termes de l'art. 2130, au moins lorsque la perte ou les dégradations susceptibles de rendre le gage insuffisant portent sur les biens acquis depuis la constitution d'hypothèque. Comme nous l'avons expliqué plus haut (voy. n° 680), même dans le cas de l'art. 2130, l'affectation des biens présents constitue le contrat hypothécaire; ce sont là les biens que le débiteur engage principalement, les seuls sur lesquels le créancier puisse et doive compter; quant aux biens à venir, ils sont offerts et acceptés subsidiairement comme une éventualité qui se réalisera ou ne se réalisera pas, et sur laquelle, par conséquent, le créancier ne peut faire fond en aucune manière.

D'après cela, on pressent que si le débiteur, après avoir affecté avec les biens insuffisants qu'il avait au moment de la constitution d'hypothèque chacun des biens qu'il pourrait acquérir ultérieurement, acquiert en effet des immeubles qui ensuite viennent à périr ou à éprouver des dégradations sans sa faute, le créancier n'aura pas le droit, consacré par notre article, de poursuivre dès à présent son remboursement, et le débiteur n'aurait pas besoin d'offrir un supplément d'hypothèque pour arrêter l'action. Il y en a d'abord une raison de texte, car notre article dit positivement que l'action est ouverte dans le cas où les immeubles *présents* assujettis à l'hypothèque auraient péri ou éprouvé des dégradations. Il y en a ensuite une autre raison qu'indique le simple bon sens : c'est que le créancier ne peut pas dire que sa position soit changée, dans le cas supposé, parce qu'on lui avait donné hypothèque non point sur tel ou tel bien déterminé, mais sur des choses futures que le débiteur pouvait acquérir ou ne pas acquérir. Certes, si le débiteur n'avait rien acquis, le créancier n'aurait pas pu devancer le terme pour demander son remboursement. Or la situation est la même

---

(1) Voy. MM. Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 476); Duranton (t. XIX, n° 381).

(2) Voy. Rouen, 6 juill. 1840 (S.-V., 40, 2, 537). — *Junge :* MM. Grenier (n° 268); Delvincourt (t. III, p. 537); Persil (art. 2140, n° 6); Dalloz (*Rép.*, v° Hyp., p. 434, n° 7); Duranton (t. XX, n° 59); Troplong (n° 544).

lorsque le débiteur ayant acquis des immeubles après la constitution d'hypothèque, il arrive que ces immeubles lui sont enlevés en tout ou en partie par force majeure ou cas fortuit : le créancier se retrouve avec les sûretés réelles qui lui avaient été données lors du contrat; il n'a donc pas droit davantage au bénéfice de notre article.

701. Ici s'arrêtent nos observations sur la spécialité en ce qui concerne le gage hypothécaire. En résumé, le législateur en pose le principe, dans l'art. 2129, en termes qui ne laissent aucun doute sur sa pensée. *Il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable,* dit-il, *que celle qui déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles sur lesquels le débiteur consent l'hypothèque de la créance.* Ainsi le législateur veut que les immeubles grevés d'hypothèque soient spécialisés à peine de nullité du contrat hypothécaire. Dans deux cas seulement il modifie le principe : dans l'un, en ce qu'il permet, dans l'intérêt du débiteur; que celui-ci ajoute aux immeubles qu'il donne actuellement en hypothèque des biens qu'il ne possède pas encore et qui dès lors ne peuvent pas être spécialisés; dans l'autre, en ce qu'il souffre, dans l'intérêt du créancier qui a vu périr ou se détériorer les garanties réelles résultant du contrat, que l'hypothèque porte sur d'autres immeubles que ceux qui en avaient été d'abord spécialement grevés. Et toutefois, même en modifiant le principe dans ces deux situations particulières, la loi s'y rattache encore énergiquement : car, d'une part et dans le premier cas, non-seulement les immeubles futurs ne sont affectés à la créance que *subsidiairement,* mais encore le contrat ne suffit pas pour que les hypothèques les atteignent : — il faut que des inscriptions successives viennent les y soumettre à mesure des acquisitions, et satisfassent ainsi au principe de la specialité; d'une autre part et dans le second cas, la garantie nouvelle ou le complément de garantie, que le débiteur donne s'il ne veut pas rembourser immédiatement, n'est plus celle qu'il avait donnée par le contrat originaire, ce n'est pas la même hypothèque se transportant d'un immeuble sur un autre et subsistant en vertu du contrat primitif : — c'est une hypothèque nouvelle qui prend naissance au moment où elle est donnée, et n'existe qu'autant qu'elle se spécialise elle-même et s'attache par l'inscription sur les biens substitués ou ajoutés aux premiers.

V. — 701 *bis.* Avant de passer au commentaire de l'art. 2132, qui a trait aussi au principe de la spécialité, nous avons à nous arrêter sur quelques dispositions de la loi du 10 décembre 1874, dans laquelle nous allons trouver, par rapport à l'hypothèque maritime, une troisième exception, ou plutôt l'application modifiée ou le rappel des articles 2130 et 2131, d'où résultent, en ce qui concerne l'hypothèque foncière, les deux exceptions dont nous venons de nous occuper.

A. D'après cet art. 2129, on l'a vu plus haut, les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués, et il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui, dans le titre constitutif ou dans un acte authentique postérieur, déclare spécialement la nature et la situation de cha-

cun des immeubles actuellement appartenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance. L'art. 5 de la loi du 10 décembre 1874 déroge à cette règle pour l'hypothèque maritime : par une sorte d'analogie avec le privilége des architectes, entrepreneurs, maçons et ouvriers, lequel, on le sait, ne trouve à s'exercer que sur la plus-value résultant des travaux (art. 2103 C. civ., *suprà,* n°s 209 et suiv.), c'est-à-dire sur une valeur qui n'existe pas encore, il déclare que « l'hypothèque maritime peut être constituée *sur un navire en construction.* » En cela, le législateur s'inspire de la pensée même d'où procède l'article 2130 du Code civil, qui, dans l'intérêt du débiteur et pour ajouter à son crédit, l'autorise, par dérogation au principe de la spécialité, lorsque les immeubles présents sont insuffisants, à donner hypothèque sur des biens qu'il ne possède pas encore.

B. Cette disposition a donné lieu à bien des objections théoriques (1). Elle a été considérée cependant par les auteurs de la loi comme l'une de celles qui peut le mieux contribuer au développement du crédit maritime. Elle a dû être de notre part, a dit la commission législative (2), l'objet d'une attention particulière... Si, en règle générale, l'hypothèque conventionnelle ne frappe que les biens présents du débiteur, il y a des cas dans lesquels les biens à venir eux-mêmes peuvent être hypothéqués (art. 2130 C. civ.)... Aussi bien, au nom de quel intérêt se refuserait-on à admettre l'hypothèque sur un navire en construction? Dans l'intérêt du créancier qui, acceptant pour gage une chose inachevée, peut craindre que le débiteur ne lui donne jamais le complément dont elle a besoin? Le créancier mesurera lui-même l'étendue de ce risque, et, s'il prête, on peut croire qu'il ne le fera qu'à bon escient. Dans l'intérêt du crédit public? Que redoute-t-on pour lui? Il ne s'agit pas de créer une hypothèque clandestine; celle qui aura été constituée sur un navire en chantier se révélera en temps utile par une inscription, et cela suffit pour que la faculté qu'on propose d'accorder au constructeur n'offre aucun danger pour les tiers. Ainsi, l'hypothèque accordée sur un navire en construction ne peut, dans aucun cas, être nuisible; elle peut, au contraire, rendre de très-utiles services, et, au témoignage des personnes les plus compétentes, de toutes les applications de l'hypothèque, c'est celle peut-être qui répond au plus pressant besoin. Un constructeur opérant pour son compte engage souvent dans un seul navire un capital des plus considérables, et immobilise ainsi une forte part de ses fonds disponibles. S'il ne trouve pas immédiatement d'acquéreur, il peut être d'un grand intérêt pour lui d'offrir, pour se procurer des fonds, la garantie du corps de navire en chantier, dont la valeur, même dans l'état d'inachèvement, ne laisse pas souvent d'être fort importante. Dans un autre cas, l'utilité de l'hypothèque sur un navire en construction est encore plus indiscutable. Ordinairement, la

(1) Voy. MM. René Millet (*Bull. de la Société de législ. comp.*, année 1874, p. 104 et suiv.); T. Morel (*Comment. de la loi de 1874,* n°s 230 et suiv.).
(2) Voy. le rapport de M. Grivart.

construction se fait sur commande pour un armateur qui verse des à-compte au fur et à mesure de l'avancement du travail. Une longue et grave controverse s'est engagée sur le point de savoir à qui appartient le navire en construction ; et il est admis aujourd'hui qu'il ne devient la propriété de l'armateur, sur l'ordre duquel il a été construit, qu'après que la réception s'en est accomplie (*suprà*, nos 97, 8°). On comprend quel danger il en résulte au point de vue des avances que le constructeur réclame toujours et qui, dans l'usage, s'élèvent jusqu'aux quatre cinquièmes du prix. Contre ce danger, l'hypothèque sera un préservatif efficace; avant de faire ses avances, le bailleur de fonds vigilant aura désormais le moyen de s'assurer un droit de préférence sur le navire qu'elles doivent servir à créer; et comme ce droit sera rigoureusement soumis à la condition de publicité, il n'en pourra résulter aucune atteinte pour le crédit des constructeurs qui n'auraient pas usé de la faculté ouverte par la loi.

C. L'art. 5 précise, en effet, le mode de publicité qui convient à ce cas spécial, en même temps qu'il avise aux moyens d'individualiser le gage de manière à prévenir la substitution d'un navire autre que celui sur lequel l'hypothèque a été éventuellement constituée.

« Dans ce cas, y est-il dit, l'hypothèque doit être précédée d'une déclaration faite au bureau du receveur des douanes du lieu où le navire est en construction. Cette déclaration indiquera la longueur de la quille du navire, et approximativement ses autres dimensions, ainsi que son port présumé. Elle mentionnera l'emplacement de la mise en chantier du navire. » On avait même eu la pensée d'ajouter à ces indications celle du nom du navire ; et cela avait été admis lors de la seconde délibération. Mais cette indication a été supprimée pour rester mieux dans les termes de la loi du 27 vendémiaire an 2 sur l'état civil des navires, d'après laquelle le nom n'est exigé que lorsqu'il s'agit de délivrer l'acte de francisation, dont la délivrance a lieu seulement au moment du lancement. « Lorsque le navire entre en chantier sous la forme de quille ou de quelques madriers assemblés, a dit le rapporteur de la commission, il n'a pas de nom; alors le constructeur le construit pour son propre compte, sans savoir à qui il appartiendra. Ce n'est qu'au moment où il sort de la cale qu'il est baptisé, et, comme la loi de vendémiaire an 2, de même que la nôtre, détermine les déclarations qui doivent être faites au moment de la mise en chantier, l'individualisation du navire est complète à ce moment-là pour cette période, indépendamment de sa dénomination. »

D. D'un autre côté, de même que la loi de 1874 contient, dans l'article 5, une disposition correspondante à celle de l'art. 2130 dans l'intérêt du débiteur dont les biens présents sont insuffisants, de même il en contient une qui correspond à l'art. 2131 dans l'intérêt du créancier qui a vu périr ou s'amoindrir son gage : c'est l'art. 17. « En cas de perte ou d'innavigabilité du navire, porte cet article, les droits des créanciers s'exercent sur les choses sauvées ou sur leur produit, alors

même que les créances ne seraient pas encore échues. Ils s'exercent également, dans l'ordre des inscriptions, sur le produit des assurances qui auraient été faites par l'emprunteur sur le navire hypothéqué. Dans le cas prévu par le présent article, l'inscription de l'hypothèque vaut opposition au payement de l'indemnité d'assurance. — Les créanciers inscrits ou leurs cessionnaires peuvent, de leur côté, faire assurer le navire pour la garantie de leurs créances. — Les assureurs avec lesquels ils ont contracté l'assurance sont, lors du remboursement, subrogés à leurs droits contre le débiteur. » Il y a là de très-considérables innovations dont l'utilité a été mise dans tout son jour par la commission législative. Parmi les obstacles qu'on peut redouter pour le développement du crédit réel en matière maritime, a dit le rapporteur, le principal, c'est la fragilité du gage offert à la confiance du prêteur, les navires étant sujets à mille accidents de navigation. Mais il y a un moyen de donner à l'hypothèque maritime de la consistance et de la solidité : c'est de la faire participer largement aux effets du contrat d'assurance, d'un usage si universel, si constant et si nécessaire en matière maritime... Qui pourrait se plaindre, d'ailleurs? Les tiers qui connaîtront l'inscription sauront d'avance que le droit de préférence, découlant de l'hypothèque, s'étend de plein droit à l'indemnité d'assurance. Les créanciers ordinaires se verront, il est vrai, primés par les créanciers hypothécaires; mais l'indemnité d'assurance est en fait la représentation du navire, et si le navire n'avait pas péri, cette préference eût existé. Quand aux assureurs, ils n'auront point à souffrir de la subrogation légale, pourvu qu'il n'en résulte pas pour eux l'obligation de vérifier, à chaque règlement d'avaries, l'état hypothécaire du navire, et de mettre en cause les créanciers inscrits. Or, le projet de loi leur donne à cet égard toute satisfaction en limitant la subrogation légale au cas de sinistre majeur, perte ou innavigabilité. Dans les circonstances ordinaires, les rapports des assurés et des assureurs ne seront nullement affectés par les droits attribués aux créanciers, et dans les cas exceptionnels de perte ou de condamnation du navire, il ne naîtra pour les assureurs ni embarras ni dangers de l'obligation de réclamer, avant le règlement de l'indemnité, soit la preuve qu'il n'existe pas d'hypothèques, soit la mainlevée de celles dont l'existence serait constatée par l'acte produit (1). — Dans un grand nombre de cas, la subrogation à l'assurance souscrite par le propriétaire suffira au créancier. Mais la loi accorde quelque chose de plus à ce dernier : elle lui offre le moyen de se protéger d'une manière plus directe et plus sûre contre les risques de mer en faisant assurer lui-même le navire pour la garantie de sa créance. Grâce à cette disposition, il pourra se former entre les assureurs et le créancier un contrat personnel, indépendant du débiteur, qui

(1) Voy. cependant, dans le Commentaire de M. T. Morel, une circulaire émanée du comité des assurances maritimes du Havre, lequel, effrayé par les dispositions de l'art. 17, décide qu'à l'avenir les compagnies n'accepteront de police d'assurance qu'avec la clause « que la condition de validité de la police est que le navire ne soit grevé d'aucune hypothèque maritime actuelle, ni éventuelle (*op. cit.*, n° 134).

ne subira pas l'influence des actes de celui-ci, et dont la convention des parties pourra librement étendre ou resserrer la portée.

Telle est, dans son ensemble, l'économie de la loi sur la spécialité en ce qui concerne le gage hypothécaire.

VI. — 702. Mais le principe eût été appliqué d'une manière incomplète si le législateur s'en fût tenu à exiger la détermination, dans le contrat hypothécaire, des immeubles soumis à l'hypothèque. La spécialité, comme nous avons eu déjà l'occasion de le dire, a pour objet de faire connaître la situation véritable du débiteur et de donner la mesure aussi exacte que possible de son crédit hypothécaire. Il faut donc, pour qu'elle soit complète, non-seulement que les immeubles grevés de l'hypothèque soient individualisés en quelque sorte par le contrat hypothécaire, mais encore que ce contrat exprime les sommes jusqu'à concurrence desquelles ces immeubles sont engagés, de manière à ce qu'il soit possible de reconnaître s'ils peuvent encore servir de gage pour de nouveaux prêteurs : aussi le principe de la spécialité, posé dans l'art. 2129, quant au gage hypothécaire, trouve-t-il son complément dans l'art. 2132, dont la première partie dispose que « l'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est certaine et déterminée par l'acte. »

703. Notre observation même montre que nous ne prenons pas à la lettre cette première partie de notre article. Rigoureusement entendue, elle reviendrait à dire qu'une créance non déterminée n'est pas susceptible d'être garantie hypothécairement, le montant d'une telle créance ne pouvant pas être fixé dans le titre constitutif de l'hypothèque. Mais ce n'est pas la pensée de la loi; et la seconde partie de ce même article, à laquelle nous allons arriver dans les numéros suivants, le montre avec évidence. Le législateur prend ici le cas le plus ordinaire, celui où la créance résultant de l'obligation est *certaine et liquide;* il dispose en vue de ce cas, et sa disposition revient à dire qu'alors il faut, à peine de nullité, que le montant de cette créance soit *déterminé* dans le contrat hypothécaire. Par exemple, j'emprunte une somme de 20 000 francs pour sûreté de laquelle mon prêteur exige une hypothèque sur ma maison de Versailles. Ici tout est certain et déterminé, mon obligation est précise et le montant en est parfaitement arrêté. Il faudra donc que le contrat hypothécaire l'exprime, c'est l'une des conditions nécessaires à sa validité; et si ce contrat omettait de dire que la créance de mon prêteur est de 20 000 francs, l'hypothèque serait nulle, non moins que si l'on avait omis de spécialiser ma maison de Versailles sur laquelle cette hypothèque devait porter.

704. D'ailleurs, c'est dans le contrat hypothécaire que la créance doit être déterminée. Ainsi, l'hypothèque est-elle consentie dans l'acte même qui constate l'emprunt, c'est dans cet acte qu'il faudra préciser le montant de la somme à la sûreté de laquelle l'hypothèque est affectée. L'acte d'emprunt est-il muet sur la constitution d'hypothèque, et cette hypothèque n'est-elle consentie qu'après coup dans un acte ultérieur,

il y faudra reproduire le chiffre de la créance garantie. C'est dans ce nouvel acte que réside véritablement le contrat hypothécaire.

VII. — 705. Indépendamment du cas ordinaire auquel s'applique la première partie de notre article, il y a encore un autre cas qui n'a pas échappé aux prévisions du législateur : c'est celui où la créance résultant de l'obligation est incertaine ou indéterminée. Par exemple, vous vous êtes engagé à me payer une somme de 5 000 francs si Jacques atteint sa vingt-cinquième année : voilà une obligation déterminée quant au montant de la créance qui en résulte, mais incertaine quant à son existence, car elle dépend d'une condition et on ne sait pas si la condition se réalisera. Par exemple encore, vous m'avez vendu une maison et je suis menacé d'éviction : la créance que j'ai sur vous, à raison de l'éviction dont je suis menacé, est non-seulement conditionnelle et subordonnée au fait de l'éviction que je peux souffrir ou ne pas souffrir, mais encore indéterminée quant à son importance, en ce qu'elle doit se résumer en dommages-intérêts qui ne pourront être appréciés et fixés qu'après l'éviction (C. civ., art. 1630 et suiv.). Le législateur n'admet pas, quel que soit le sens apparent de la première partie de notre article (voy. n° 702), que de telles créances soient insusceptibles d'être garanties par l'hypothèque, et la preuve en est écrite dans la seconde partie de ce même article où il est dit : « que si la créance résultant de l'obligation est conditionnelle pour son existence, ou indérterminée dans sa valeur, le créancier ne pourra requérir l'inscription dont il sera parlé ci-après que jusqu'à concurrence d'une valeur estimative par lui déclarée expressément, et que le débiteur aura droit de faire réduire, s'il y a lieu. » Mais la loi ici modifie le principe de la spéciliaté tel qu'il vient d'être posé dans la première partie de l'article.

On voit d'ailleurs en quoi consiste la modification. L'acte constitutif de l'hypothèque ne fait aucune mention des sommes ou des valeurs assurées ; les parties ne sont pas tenues de s'en expliquer dans cet acte, même approximativement ; mais le créancier ne peut pas requérir inscription, c'est-à-dire porter l'hypothèque à la connaissance des tiers, sans faire dans cette inscription la déclaration d'une valeur estimative qui est la mesure dans laquelle seront grevés les immeubles sur lesquels il inscrit son hypothèque.

706. Bien que, sous ce rapport, la loi mette sur la même ligne la créance conditionnelle pour son existence et la créance indéterminée dans sa valeur, il existe entre elles une différence notable. Une créance conditionnelle pour son existence n'est pas nécessairement indéterminée quant à sa valeur. Par exemple, pour reprendre l'une de nos précédentes hypothèses, quand vous vous êtes obligé à me payer une somme de 5 000 francs si Jacques atteint sa vingt-cinquième année, vous avez pris une obligation conditionnelle sans doute, mais la créance qui en résulte à mon profit n'a rien d'indéterminé ; vous me devrez précisément 5 000 francs si Jacques parvient à sa vingt-cinquième année. Il n'y a donc pas là d'évaluation à faire du montant du droit, et toute éva-

luation serait nécessairement fautive et susceptible d'induire les tiers en erreur, puisqu'elle serait trop forte, fût-elle réduite à 100 francs, si la condition ne se réalisait pas, et trop faible, fût-elle portée même à 4 900 francs, si la condition se réalisait. Ce qui importe aux tiers, c'est de savoir que l'obligation est conditionnelle et de connaître la condition à laquelle est subordonné le droit du créancier : c'est ce qui, en un pareil cas, devra être déclaré dans l'inscription (1). C'est donc pour la *créance indéterminée dans sa valeur* que l'estimation prescrite par notre article est nécessaire. Ainsi, l'obligation est éventuelle et indéterminée, elle consiste à faire ou à ne pas faire, elle a pour objet des prestations en nature : dans tous ces cas et dans les cas analogues, il y aura une évaluation à faire par le créancier et une déclaration expresse de la somme à laquelle il porte sa créance.

Cette évaluation, qui doit être faite non point dans l'acte constitutif de l'hypothèque, mais dans l'inscription, est par cela même l'œuvre du créancier seul. On a prétendu que, s'agissant ici d'une hypothèque conventionnelle, il eût été mieux de dire que l'évaluation serait débattue et arrêtée entre les parties; que l'évaluation alors aurait pu être faite dans l'acte même par lequel l'hypothèque aurait été constituée, en quoi notre article se fût montré plus fidèle au principe de la spécialité : c'est même en ce sens que la rédaction de l'article était modifiée dans les projets de réforme discutés par l'Assemblée législative en 1851 (2). Mais c'eût été en bien des cas gêner les conventions particulières. Par exemple, lors de la convention que je fais de vous bâtir une maison dans un pays où je ne connais ni le prix des matériaux, ni celui de la main-d'œuvre, et quand dès lors je ne peux pas encore faire de prix, je puis vous demander une sûreté hypothécaire indéterminée dès à présent. S'il faut attendre que j'aie tous les renseignements, nous ne ferons pas le marché. La loi, telle qu'elle est, présente donc plus de commodités pour les contractants que la loi telle qu'on proposait de la faire. Quoi qu'il en soit, elle abandonne au créancier le soin de déclarer la valeur estimative; c'est donc à lui seul de la déclarer.

Toutefois le législateur comprend qu'il y aurait quelque chose d'exorbitant à laisser ainsi le créancier arbitre souverain d'une évaluation qui peut être exagérée et nuire au crédit du débiteur dont les immeubles

---

(1) Dans l'enquête administrative de 1841, le projet présenté par la Cour de Grenoble était rédigé en ce sens. Ce projet divisait notre article en trois parties distinctes : l'une pour les créances liquides, l'autre pour les créances conditionnelles quant à leur existence, et la troisième pour les créances indéterminées dans leur valeur. Les première et troisième parties du projet étaient conformes à notre article; dans la seconde, la Cour proposait de dire : « Si la créance résultant de l'obligation est conditionnelle par son existence, *la condition sera mentionnée dans l'inscription dont il sera parlé ci-après.* » (*Doc. hyp.*, t. III, p. 344, 345). Nous trouvons cette rédaction dans la loi belge du 16 décembre 1851, qui la consacre par son art. 80. Voy. MM. Delebecque (*Comm. législ.*, p. 287); Martou (t. III, p. 110).

(2) L'art. 2124 du projet admis lors de la seconde délibération disait à cet égard : «... Si la créance résultant de l'obligation est indéterminée dans sa valeur, le créancier pourra requérir l'inscription, mais seulement jusqu'à concurrence d'une valeur estimative, *expressément convenue entre lui et le débiteur dans l'acte constitutif de la créance ou dans un acte authentique postérieur.* »

apparaîtraient comme grevés d'hypothèque pour des sommes supérieures à celles qu'il devrait réellement. De là l'idée de réduction dont le principe est posé dans notre article, et qui trouve ensuite son développement dans les art. 2163 et 2164. D'un autre côté, le législateur ne veut pas que le créancier lui-même soit lié, *au moins d'une manière absolue,* par la déclaration estimative qu'il a dû faire dans son inscription. De là le droit qui lui est réservé, par l'art. 2164, de prendre des inscriptions nouvelles si l'événement vient à porter les créances, primitivement indéterminées, à une somme plus forte que la valeur estimative par lui déclaré. Ainsi, l'évaluation prescrite par notre article n'a rien de définitif ni quant au débiteur, ni même *absolument* quant au créancier. On pressent néanmoins, par nos expressions mêmes, qu'il y a, sous ce rapport, une différence entre la position du débiteur et celle du créancier : c'est ce qui nous reste à expliquer pour compléter nos observations sur le principe de la spécialité.

707. Nous disons que l'évaluation faite par le créancier n'a rien de définitif quant au *débiteur*. C'est évident par notre article même, qui, après avoir imposé au créancier l'obligation de déclarer expressément dans l'inscription la valeur estimative de la créance indéterminée pour sûreté de laquelle il s'inscrit, ajoute que le débiteur *aura droit de faire réduire cette valeur estimative, s'il y a lieu*. Mais ce serait se méprendre sur la portée de cette réserve faite par la loi en faveur du débiteur, que de la prendre comme se référant au cas où la réalisation des événements est venue déterminer l'importance de la dette et montrer que l'évaluation a été faite par le créancier avec exagération. En ce sens, la réserve serait une inutilité dans la loi. Par exemple, en achetant votre maison de Versailles, je stipule une hypothèque sur votre ferme de la Martinière et sur votre bois de Champlâtreux, pour la garantie de mes dommages-intérêts en cas d'éviction ; puis, en prenant inscription sur votre ferme et sur votre bois, j'évalue approximativement ma créance à une somme de 50 000 francs ; s'il survient ensuite un jugement qui, l'éviction accomplie, fixe à 25 000 francs seulement les dommages-intérêts qui me sont dus, il est clair que la réduction ira de droit : mon hypothèque ne vaudra que pour 25 000 francs, et vous serez autorisé par la seule force des choses, sans qu'il soit besoin d'un texte pour cela, à faire réduire ma collocation à cette dernière somme.

Ce n'est donc pas ce droit que notre article consacre. Quelle en est alors la portée? Il signifie que le débiteur pourra, *même sans attendre les événements,* contester une déclaration estimative à laquelle il n'a pas concouru, en prouver l'excès et la faire réduire, pour que ses immeubles ne restent pas grevés aux yeux des tiers de charges excessives par lesquelles son crédit serait indûment affecté. C'est là précisément le droit dont le principe même est posé dans notre article et trouve ensuite son développement dans les art. 2163 et 2164 : le premier, qui présente comme pouvant être réduites, en tant qu'excessives, « les inscriptions prises d'après l'évaluation faite par le créancier, des créances qui, en ce qui concerne l'hypothèque à établir pour leur sûreté, n'ont

pu être réglées par la convention, et qui, par leur nature, sont conditionnelles, éventuelles ou indéterminées »; le second, qui confère aux tribunaux un droit d'appréciation, avec indication des bases d'après lesquelles l'excès doit être arbitré dans ce cas.

Nous sommes pourtant ici dans la matière des hypothèques *conventionnelles* ou *spéciales*, et, d'après le paragraphe final de l'art. 2161, ces hypothèques *ne sont pas susceptibles de réduction, même quand les inscriptions portent sur plus d'immeubles différents qu'il n'est nécessaire pour la sûreté de la créance.* Serait-ce donc que l'art. 2163, comme l'ont pensé quelques auteurs (1), ferait exception à cette disposition prohibitive de l'art. 2161? En aucune façon. Ne perdons pas de vue l'objet de ce dernier article. Les hypothèques pour lesquelles il est écrit sont celles qui résultent des jugements ou actes judiciaires (voy. *suprà,* n° 600); dans l'hypothèse qu'il prévoit, il s'agit d'un créancier qui, ayant le droit en vertu de son hypothèque judiciaire de grever le généralité des immeubles de son débiteur, atteint de son hypothèque plus d'immeubles différents qu'il n'est nécessaire à la sûreté de la créance. Est-ce de cela qu'il s'agit dans l'art. 2163? Non : le législateur n'a plus en vue ici l'*assiette même de l'hypothèque,* ou l'exagération *dans le nombre des inscriptions;* ce qu'il envisage, c'est l'*excès dans l'évaluation de la somme pour laquelle les inscriptions ont été prises,* dans le cas spécial où cette somme a été fixée par le créancier seul (2). Chacun de ces articles a donc sa signification précise et son objet distinct; l'un et l'autre statuent dans des prévisions différentes, ce qui exclut la possibilité de les rattacher l'un à l'autre par les rapports qui lient entre elles la règle et l'exception.

Il faut dire, au contraire, des art. 2161 et 2163, rapprochés et comparés, ce que nous disions plus haut des art. 2144 et 2161 (voy. n° 559), que l'un et l'autre ils contiennent des règles différentes pour des cas parfaitement distincts; et de leur comparaison même il faut induire qu'en ce qui concerne la réduction des inscriptions, le système de la loi est complexe. — D'une part, les inscriptions peuvent être réduites quant aux immeubles sur lesquels elles sont portées : c'est cette réduction qui, établie par la loi en faveur du débiteur grevé d'hypothèques générales (voy. *suprà,* n°s 538 et suiv., et n°s 600 et suiv.), ne peut jamais profiter, d'après la disposition finale de l'art. 2161, aux

---

(1) Voy. M. Persil (*Rég. hyp.*, sur l'art. 2163).

(2) D'éminents jurisconsultes ont dit, au contraire, que l'art. 2163 s'occupe précisément de l'*exagération dans la multiplicité des inscriptions* prises pour sûreté d'une créance indéterminée, et envisage l'*assiette même de l'hypothèque,* et ils en concluent que l'article est fait *exclusivement pour les hypothèques générales,* et ne devrait pas être appliqué aux *hypothèques conventionnelles ou spéciales* l'art. 2161 prohibant la réduction de cette dernière hypothèque. — Voy. MM. Tarrible (v° Rad. d'inscript., n° 13) et Troplong (n° 772). Mais le point de départ est manifestement inexact, puisque tout a été réglé par la loi, tant par les art. 2140 et suivants que par les art. 2161, 2162, 2165 (voy. n°s 538 et suiv., 600 et suiv.), en ce qui concerne la réduction *des hypothèques générales au point de vue de la multiplicité des inscriptions :* l'art. 2163 n'avait donc plus à revenir là-dessus. Cela étant, la conclusion déduite par les auteurs cités se trouve par là même infirmée.

hypothèques conventionnelles ou spéciales; en quoi la loi est parfaitement juste et nettement confirmative du principe de la spécialité, parce que, lorsque la convention a spécialisé les immeubles que le créancier a reçus pour la sûreté de sa créance, le retrait d'une portion quelconque de la garantie réelle *déterminée* dans l'acte constitutif serait une atteinte à ce principe de la spécialité. — D'une autre part, les inscriptions peuvent être réduites quant à la quotité des sommes qui y sont portées : c'est cette seconde réduction qu'organisent les art. 2163 et 2164, et qui, établie par la loi pour le cas où l'hypothèque est l'accessoire d'une créance dont le chiffre est indéterminé, peut, d'après l'art. 2132, profiter même aux hypothèques conventionnelles ou spéciales; et cela est juste également et parfaitement d'accord avec le principe de la spécialité, parce que, lorsque la convention n'a été pour rien dans une évaluation que le créancier seul a faite dans les inscriptions par lui prises, toute réduction qui tend à mettre l'évaluation en rapport avec le chiffre réel de la créance est un retour vers le principe de la spécialité.

Maintenant, faisons l'application de cette théorie de la loi. En achetant votre maison de Versailles, j'ai stipulé une hypothèque sur votre ferme de la Martinière et sur votre bois de Champlâtreux, pour la garantie de mes dommages-intérêts en cas d'éviction; et j'ai pris inscription, tant sur votre ferme que sur votre bois, pour sûreté d'une somme de 50 000 francs. Ces inscriptions vous parraissent exagérées. Quel est votre droit? Pouvez-vous demander que mon hypothèque ne frappe plus sur l'un des deux immeubles qu'elle affecte, et qu'elle soit cantonnée sur l'autre seulement? Non, car notre convention est précise en ce qui concerne l'assiette de l'hypothèque, et l'art. 2161 protége cette convention en prohibant, par sa disposition finale, toute réduction, sous ce rapport, de l'hypothèque conventionnelle. Mais vous pourrez contester mon évaluation, car, en ce point, rien n'a été *réglé par la convention,* ce qui est précisément l'hypothèse de l'art. 2163. Et si vous établissez que, quoi qu'il arrive, l'éviction que j'ai prévue ne pourrait pas, en se réalisant, m'occasionner 50 000 francs de dommages; si vous établissez qu'une somme de 30 000 francs, par exemple, suffirait et au delà à me couvrir, et si cela est admis par le tribunal, les inscriptions seront réduites en conséquence, c'est-à-dire qu'elles continueront de grever à la fois et la ferme de la Martinière et le bois de Champlâtreux; mais elles ne grèveront plus ces immeubles que pour une somme de 30 000 francs, au lieu de les atteindre pour 50 000 francs. — Telle est la pensée de notre article, qui, ainsi, consacre moins une restriction proprement dite de l'hypothèque que la réduction d'une évaluation.

Mais comment l'excès sera-t-il arbitré, et comment ramènera-t-on l'évaluation exagérée d'une obligation, indéterminée dans sa valeur à des termes et dans des bornes plus exactement posés? La loi s'en remet à cet égard à la prudence des tribunaux, qui, selon l'expression de l'art. 2164, devront arbitrer l'excès d'après les circonstances, les probabilités des chances, et les présomptions de fait, de manière à concilier les droits vraisemblables du créancier avec l'intérêt du credit rai-

sonnable à conserver au débiteur. La situation même ne permettait pas de fixer des règles plus précises, plus certaines : le législateur s'en est tenu à marquer le but, qui est la conciliation des deux intérêts nécessairement opposés, celui du créancier, dont les droits, quoique éventuels et indéterminés, n'en doivent pas moins être couverts par les garanties réelles sous la foi desquelles il a traité, et celui du débiteur, dont le crédit ne doit pas être affecté outre mesure. C'est au juge à se bien pénétrer de la situation, et à tendre, par un examen attentif des circonstances, vers le terme moyen qui, autant que possible, donnera satisfaction à ces deux intérêts sans sacrifier l'un à l'autre.

708. Nous disons en second lieu que le *créancier* lui-même n'est pas indéfiniment lié par la déclaration estimative qu'il a dû faire ; la loi n'admet pas que, si la créance réelle est supérieure à la somme portée dans la déclaration, le créancier doive rester absolument privé de la garantie hypothécaire pour l'excédant. Toutefois, gardons-nous de croire que le droit du créancier, sous ce rapport, soit plein et entier : en même temps qu'elle consacre ce droit, la loi le limite quant à son exercice et dans ses effets. Cela résulte de l'art. 2164, qui, après avoir posé les bases d'après lesquelles devra être arbitré l'excès dans l'évaluation, ajoute, dans sa disposition finale : « sans préjudice des nouvelles inscriptions à prendre *avec hypothèque du jour de leur date, lorsque l'événement aura porté les créances indéterminées à une somme plus forte.* » (1)

Ainsi, bien qu'il ne soit pas définitivement lié par une déclaration insuffisante, le créancier, auquel la loi donne, dans ce cas, le droit de prendre des inscriptions nouvelles, n'en a pas moins fait une évaluation définitive au moins vis-à-vis des tiers qui auraient traité depuis avec le débiteur. Sans doute, il ne sera pas absolument tenu à attendre les événements qui fixeront l'importance réelle de la créance indéterminée pour laquelle il a stipulé une sûreté hypothécaire ; et si l'évaluation qu'il a faite lui paraît insuffisante, il pourra prendre des inscriptions complémentaires : mais ce sera nécessairement sous la réserve des droits acquis à des tiers, c'est-à-dire que ces inscriptions nouvelles ne viendront qu'à leur date, et que l'inscription primitive n'aura toujours de valeur que dans la mesure de la déclaration estimative faite par le créancier. C'est, en effet, par cette déclaration estimative que les tiers peuvent apprécier exactement la charge dont l'immeuble est grevé. Or ceux qui auraient traité ultérieurement avec le débiteur et auraient acquis des droits réels sur l'immeuble affecté de l'hypothèque attachée à la créance indéterminée seraient trompés, ou au moins exposés à perdre leur gage, si le créancier pouvait ajouter à la déclaration esti-

(1) *Comp.* un arrêt récent duquel il résulte que s'il est vrai que l'existence d'un jugement portant qu'une hypothèque générale sera restreinte à certains immeubles n'est pas, en principe, un obstacle à la formation d'une demande en supplément d'hypothèque, du moins suffit-elle au rejet de la prétention du créancier, alors que celui-ci ne justifie pas que de nouveaux faits sont venus modifier l'état de choses créé par ledit jugement. Cass., 28 avr. 1875 (*J. Pal.*, 1875, p. 73 ; S.-V., 75, 1, 304).

mative ou se faire colloquer sur le prix de l'immeuble pour des sommes supérieures au montant de la créance déclarée. Quelque favorable que soit la position du créancier, il ne peut imputer qu'à lui-même de n'avoir pas fait sa déclaration avec assez de soin pour y porter, du premier coup, son évaluation à des sommes suffisantes. En tout cas, la position des tiers est plus favorable encore ; c'est ce que la Cour de Liége a compris à merveille en décidant que le créancier d'une rente en grains ne peut être colloqué que pour la somme à laquelle il a évalué le capital dans son inscription, encore que, depuis l'inscription, la valeur des denrées ait augmenté, et qu'au moyen de cette augmentation le capital de la rente ait acquis une valeur plus considérable (1).

De même, dès que les événements, en s'accomplissant, ont fixé le chiffre réel de la créance, qui désormais cesse d'être indéterminée, le créancier, si ces événements portent les créances primitivement indéterminées à une somme plus forte que celle à laquelle elles ont été évaluées dans l'inscription, peut prendre des inscriptions nouvelles ; les immeubles affectés dans la convention primitive sont aussi destinés à couvrir ce supplément : ainsi dispose notre article. Toutefois, il y avait ici encore à protéger cet intérêt des tiers dont nous venons de parler. La loi dit, en conséquence, que les inscriptions nouvelles n'auront pas d'effet rétroactif : l'hypothèque qu'elles manifestent n'aura donc rang qu'à la date de ces inscriptions.

Ainsi, l'hypothèque attachée à une même créance aura cependant des dates différentes : elle datera du jour de l'inscription primitive jusqu'à concurrence des sommes déclarées dans cette inscription et du jour de l'inscription nouvelle pour le montant de la différence entre les sommes primitivement déclarées et celles auxquelles les événements auront porté le chiffre réel de la créance. Mais c'est la nécessité même de la situation ; et c'est, d'ailleurs, de toute justice, car, avant tout, il faut que les tiers qui, dans l'intervalle, auraient acquis des droits réels sur l'immeuble, ne puissent pas être trompés.

Du reste, ce que notre art. 2164 dit ici du cas où l'événement aurait porté la créance à une somme plus forte que celle de la déclaration estimative, il faut le dire également de l'hypothèse où l'évaluation ayant été réduite comme excessive, sur la demande du débiteur, les immeubles grevés viendraient à subir des dégradations qui en feraient descendre la valeur au-dessous de la créance réduite (2) : ce serait le cas de faire application de l'art. 2131 ci-dessus expliqué (voy. *suprà*, n°s 689 et suiv.).

VIII. — 709. Ici sembleraient devoir s'arrêter nos observations sur la constitution de l'hypothèque conventionnelle. En effet, nous avons expliqué successivement ce qui a trait à la capacité nécessaire pour constituer valablement hypothèque (art. 2124, 2125, 2126 ; *suprà*,

(1) Voy. Liége, 24 août 1809.
(2) Voy. MM. Dalloz (*Rép.*, v° Hyp., p. 436, n° 22) ; Zachariæ (t. II, p. 186, 187) ; Troplong (n° 773).

n[os] 608 et suiv.), à la forme du contrat hypothécaire (art. 2127, 2128, n[os] 655 et suiv.), au caractère de l'hypothèque (art. 2129, 2132, n[os] 669 et suiv., 702), et aux limitations que comporte le système de la loi (art. 2130, 2131, 2163, 2164, n[os] 680 et suiv., 705 et suiv.). Tout semblerait donc épuisé. Il nous reste pourtant à préciser quelques points sur lesquels la loi, sans être complétement muette, ne contient pas cependant de disposition directe et précise : nous avons à rechercher quelles obligations sont susceptibles de la stipulation d'hypothèque, et à indiquer ensuite la mesure dans laquelle le sort de l'hypothèque est lié au sort de l'obligation qu'elle suit ou qu'elle accompagne. Ici précisément se produisent les difficultés que nous avons réservées plus haut en étudiant la nature de l'hypothèque (voy. n° 324).

710. En elle-même, l'hypothèque n'est pas une obligation principale. Elle est, comme nous l'avons dit (*loc. cit.*), en empruntant l'expression de Loyseau, une obligation accessoire ou subsidiaire de la chose pour confirmer et assurer les promesse et obligation de la personne qui est débitrice. Telle est sa nature ; et même, quand elle est donnée par un tiers qui n'est pas débiteur personnel, et qui se borne à obliger ses biens, elle est une obligation accessoire ou subsidiaire. Toute stipulation d'hypothèqne suppose donc une obligation à laquelle l'hypothèque se lie accessoirement. Mais quelles sont les obligations qui comportent cette stipulation? La question n'en est pas une. L'hypothèque suppose une obligation principale valable civilement ; car, en général, elle ne pourrait pas être utilement attachée à une obligation nulle ou susceptible d'être annulée (voy. cependant *infrà*, n° 721) ; mais c'est tout : et, par suite, dès qu'une obligation, quelle qu'elle soit et quelles qu'en soient la nature et les modalités, est valable, la stipulation d'hypothèque y peut accéder. Ainsi, comme le dit Pothier, « on peut constituer des hypothèques pour quelque dette que ce soit, et n'importe quel que soit l'objet de la dette, *non tanquam ob pecuniam sed et ob aliam causam pignus dari potest* (l. 9, § 1, ff. *De pign. cit.*). On peut constituer des hypothèques non-seulement pour sa propre dette, mais pour celle d'autrui, *sive pro suâ obligatione, sive pro alienâ* (l. 5, § 2). On peut constituer des hypothèques même pour une dette qui n'est contractée que sous une condition qui n'est point encore arrivée, *rem hypothecæ dari posse sciendum est... sive pura est obligatio vel in diem vel sub conditione.* » (Ead., l. 5.) (1) Le Code civil ne contient, il est vrai, aucune disposition précise qui consacre directement la faculté ou le droit d'ajouter l'hypothèque conventionnelle à des obligations ainsi affectées de modalités diverses ; mais il suppose nécessairement l'existence de cette faculté, soit quand il dit, par l'art. 2125, quelle est l'étendue du droit que confère au créancier l'hypothèque consentie par ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'*un droit suspendu par une condition, ou résoluble en certains cas, ou sujet à rescision* (*suprà*, n[os] 637 et suiv.), soit lorsqu'il fixe, par l'art. 2132, la mesure dans laquelle doit être faite l'inscription

(1) Voy. Pothier (*De l'Hyp.*, n[os] 59, 60, 61).

de la créance résultant d'une obligation *indéterminée dans sa valeur ou conditionnelle par son existence.*

711. Mais l'hypothèque peut-elle être attachée à une créance conditionnelle, alors même que cette créance ne doit prendre naissance que par un fait dont le débiteur peut à son gré procurer ou empêcher la réalisation? On pressent que nous avons particulièrement en vue ici les promesses de prêt, ou encore les *ouvertures de crédit* qui sont, dans les relations commerciales, ce qu'est la promesse de prêt pour les relations civiles. Voici notre espèce :

Paul, négociant, entrevoyant la possibilité de faire une opération considérable dans un avenir prochain, veut s'assurer dès à présent les fonds nécessaires qu'il ne possède pas par lui-même. En conséquence, il s'adresse à Pierre, banquier, qui prend l'obligation de lui ouvrir un crédit jusqu'à concurrence d'une somme de 25 000 francs, à la charge par lui d'en rembourser le montant réalisé avec interêts. Paul peut-il dès à présent, et sans attendre la réalisation du crédit qui lui est ouvert, conférer une hypothèque pour la sûreté de ce crédit?

Dans l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence, ceci, on peut le dire, ne saurait plus être mis en question. Quelques doutes avaient été émis d'abord : des auteurs et des arrêts décidaient que l'hypothèque est absolument nulle en ce cas; que le créancier auquel elle est conférée n'en peut pas faire l'inscription, même en subordonnant cette inscription à la réalisation du crédit ouvert ou de la promesse de prêt; et que, pour que l'hypothèque soit utilement constituée, il faut que l'emprunteur consente, après la réalisation du prêt, un nouvel acte authentique par lequel il reconnaît l'existence de ce prêt et confère de nouveau la sûreté de l'hypothèque (1). Le principe de cette solution était pris dans l'art. 1174 du Code civil, aux termes duquel « toute obligation est nulle, lorsqu'elle a été contractée *sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.* »

Toutefois, c'était évidemment se méprendre sur le caractère et la portée de la convention. Il résulte, sans doute, de l'art. 1174 qu'il n'y a pas obligation lorsqu'il dépend de la pure volonté de celui qui contracte d'*être ou de n'être pas obligé*. Mais est-ce le cas de l'espèce? Non, assurément. Lorsque je demande à mon banquier qu'il tienne à ma disposition une somme de 25 000 francs qu'il devra payer sur mes traites, et qu'en retour je promets, sous une affectation hypothécaire, de lui rembourser tout ce qu'il aura payé en vertu de la convention, il y a un lien de droit qui se forme, une obligation qui naît et ne peut être éludée. La convention serait nulle incontestablement si elle était conçue en termes tels qu'il fût loisible à mon banquier d'accepter ou de refuser mes traites; c'est ce que nous montrerons dans le numéro qui va suivre. Mais ce n'est pas de cela qu'il s'agit ici; nous supposons une obligation sérieuse de la part de mon banquier : en acceptant ma

(1) Voy. Colmar, 18 avr. 1806; Liége, 26 nov. 1823. — *Junge:* MM. Delvincourt (t. III, p. 378); Battur (t. II, n° 283).

proposition, il s'est obligé vis-à-vis de moi et s'est mis dans la nécessité de retirer de sa caisse et de payer à tous porteurs de mes traites jusqu'à concurrence de cette somme de 25 000 francs qui forme le montant du crédit par lui ouvert. Voilà son obligation. Sans doute, cette obligation est conditionnelle, en ce sens que je puis ou non faire usage du crédit. Mais cela n'enlève rien à la force obligatoire de la convention. En définitive, c'est mon banquier qui est la partie *obligée* au moment de l'acte de crédit; il est mon mandataire ou mon commissionnaire à l'effet de me faire avoir les deniers quand je les demanderai sous les sûretés constituées; et dès que j'aurai pris le parti de recourir à sa caisse, il ne dépendra pas de lui de me la fermer. Voilà pourquoi l'article 1174 du Code civil est ici tout à fait hors de cause, puisque, dans les termes de cet article, c'est la condition *purement potestative de la partie obligée* qui seule pourrait invalider la convention. — En résumé, nous sommes en présence d'une obligation valable quoique suspendue par une condition. Elle subsiste comme telle; or une convention de cette nature est susceptible d'hypothèque, comme nous venons de le voir; donc la stipulation d'hypothèque que les parties contractantes y ont ajoutée est valable et doit elle-même subsister. C'est la doctrine qui prévaut aujourd'hui; elle est admise par les auteurs et par les arrêts avec une telle unanimité que ce n'est plus làdessus que la question pourrait être portée (1).

Mais si le principe est certain, s'il est désormais incontesté, il y a, dans l'application, des points de détail dont quelques-uns soulèvent encore de très-graves controverses. Nous les résumons dans les questions suivantes : L'hypothèque stipulée accessoirement à une ouverture de crédit ou à une promesse de prêt doit-elle être validée, quels que soient les termes de l'engagement? Quelle est l'étendue de l'hypothèque, ou la mesure dans laquelle elle affecte l'immeuble hypothéqué dans le cas où le crédit est limité, soit quant aux sommes promises, soit quant à la durée du crédit? Comment et par quels moyens la réalisation du prêt doit-elle être prouvée? De quel jour l'hypothèque prend-elle rang? Examinons ces questions successivement : nous terminerons ensuite sur cet important sujet par quelques observations particulières aux promesses et aux réalisations des prêts faits par les sociétés de crédit foncier.

712. Sur la première question, il semble qu'aucun doute ne peut s'élever. Il faut évidemment, pour que l'hypothèque ajoutée à une ouverture de crédit ou à une promesse de prêt soit validée, que l'engage-

(1) Rouen, 24 avr. 1812 et 9 mars 1830; Caen, 11 août 1812; Bruxelles, 10 juill. 1817; Metz, 13 juill. 1820; Besançon, 30 nov. 1848; Rej., 6 avr. 1809; 26 janv. 1814, 10 avr. 1831; Cass., 21 nov. 1849; Req., 8 mars 1853 (Dall., 31, 1, 303; 49, 2, 198 et 274; 54, 1, 341; S.-V., 48, 2, 729; 50, 1, 91; 55, 1, 214; *J. Pal.*, 1849, t. II, p. 643; 1850, t. I, p. 685; 1853, t. I, p. 364). Voy. MM. Merlin (*Quest.*, v° Hyp., § 3, n° 2); Toullier (t. VI, n° 546); Grenier (t. I, n° 26); Persil (*Quest.*, t. I, ch. 4); Dalloz (v° Hyp., p. 203, n° 17); Duranton (t. XIX, n° 244); Zachariæ (t. II, p. 143); Troplong (n° 480); Championnière et Rigaud (t. II, n° 934); Aubry et Rau (t. II, p. 732; 4e édit., t. III, p. 281); Doublet (*Rev. prat.*, t. VII, p. 191).

ment soit réel et sérieux; en d'autres termes, qu'il en résulte un lien de droit qui, sauf, bien entendu, l'usage du crédit par le crédité (ce qui est l'accomplissement de la condition suspensive inhérente à la convention), oblige les parties l'une envers l'autre (1). Voici une espèce qui nous conduit à mettre la règle dans tout son jour. — Un banquier ouvre à un négociant un crédit de 10 000 francs, pour la réalisation duquel il stipule qu'*il escomptera seulement celles des valeurs présentées qu'il jugera à sa satisfaction;* et, pour sûreté des sommes dont le créditeur se trouvera à découvert, le crédité consent une hypothèque qui est inscrite dès le lendemain. Diverses opérations d'escompte ont lieu entre les parties, et le crédité se trouve débiteur d'une somme de 4 000 francs quand ses immeubles sont vendus. Le créditeur se présente à l'ordre; mais sa collocation, contestée par un créancier inscrit six mois environ après lui, est rejetée par le Tribunal de Chartres par ces motifs : « Que le créditeur ne s'est pas obligé à escompter indifféremment les valeurs qui lui seraient présentées, mais seulement celles de ces valeurs qu'*il trouverait être à sa satisfaction*, ce qui ne constituait à son égard qu'une obligation purement potestative; et que, dès lors, l'hypothèque consentie par le crédité dans l'acte d'ouverture de crédit, et l'inscription de cette hypothèque, ne peuvent valoir. »

Ce jugement a été infirmé (2), et cela se conçoit à merveille. Quand le contrat avait reçu un commencement d'exécution, quand le créditeur se présentait avec une créance justifiée, résultant des escomptes faits en vertu et en exécution de l'ouverture de crédit, il était difficile de lui refuser le bénéfice d'une hypothèque qui lui avait été accordée précisément pour sûreté des sommes dont il se trouverait à découvert. Mais supposez que toutes les valeurs présentées eussent été refusées par le créditeur, les motifs sur lesquels s'est fondé le Tribunal de Chartres prennent un caractère vraiment sérieux; et si, comme créancier éventuel, le créditeur prétend exercer le droit résultant de son hypothèque, on pourra très-bien lui opposer, en invoquant ces motifs, que l'engagement qu'il a pris se trouve, par la réserve d'accepter seulement les traites qu'il jugerait à sa satisfaction, ramené aux conditions d'une obligation purement potestative de sa part; que ce n'est pas là un engagement sérieux, puisqu'il dépend de sa volonté ou même de son caprice de le remplir ou de le laisser sans exécution; et que l'hypothèque ajoutée à un tel engagement ne saurait être validée.

Quoi qu'il en soit, que voulons-nous conclure de ceci? Que l'hypothèque ajoutée aux conventions de l'espèce ne vaut qu'autant que ces conventions sont sérieuses et réelles, c'est-à-dire qu'autant qu'en engendrant en principe l'obligation pour le crédité de rembourser s'il fait

---

(1) Jugé que l'hypothèque constituée pour sûreté d'un crédit ouvert à une société de commerce ne peut, après la dissolution de cette société et le remboursement au créancier de ses avances, servir de garantie pour d'autres avances faites à une société nouvelle, bien qu'elle continue la même exploitation et soit composée d'associés qui ont figuré dans l'ouverture de crédit. Limoges, 23 août 1873 (S.-V., 73, 2, 277; *J. Pal.*, 1873, p. 1111).

(2) Voy. l'arrêt infirmatif de la Cour de Paris, du 30 mars 1842 (S.-V., 43, 2, 113).

usage du crédit, elles lui procurent l'avantage d'avoir *véritablement* à sa disposition les sommes promises, ce qui est la cause même de la convention.

713. La seconde question, si elle ne présente pas plus de difficulté quant à la solution, est cependant plus compliquée. Il s'agit de savoir quelle est l'étendue de l'hypothèque ou la mesure dans laquelle elle grève l'immeuble hypothéqué lorsque la promesse de prêt ou l'ouverture de crédit est réalisée. Il y a, sur ce point, des distinctions nécessaires et qui tiennent aux diverses combinaisons propres à la convention. Souvent il arrive que le crédit, limité quant aux sommes jusqu'à concurrence desquelles il est ouvert, est limité en outre dans sa durée; ainsi, l'opération que j'ai en vue doit être suivie et ne pourra être complète qu'à la condition par moi d'y engager un capital de 100 000 francs, et d'y employer une durée de cinq années; en conséquence, le banquier auquel je m'adresse m'ouvre, sur affectation hypothécaire, un crédit de 100 000 francs par compte courant dont la durée est fixée à cinq ans, à l'expiration desquels le compte sera balancé et arrêté. D'autres fois, le crédit est limité seulement quant aux sommes qu'il a pour objet; par exemple, il s'agit d'une affaire qui peut se prolonger plus ou moins, qui peut se suivre sans se circonscrire dans une durée de temps limitée; en conséquence, le banquier auquel je m'adresse m'ouvre un crédit de 100 000 francs qu'il s'engage à me fournir à mesure de mes besoins. A certains égards, la solution de notre question varie suivant qu'on se place dans l'une ou dans l'autre de ces deux situations.

714. Si le crédit est limité seulement quant à la somme que le créditeur s'est engagé à fournir, la garantie hypothécaire se renfermera dans la mesure du crédit ouvert, lequel devra, aux termes de l'art. 2132, être déterminé par son chiffre dans l'acte constitutif de l'hypothèque (1). Ainsi, la garantie ne devra jamais dépasser le montant du crédit ouvert; mais il se pourra faire qu'elle ne l'atteigne même pas. Ainsi, d'une part, je vous ouvre un crédit jusqu'à concurrence de 25 000 francs, et les opérations que je fais avec vous m'entraînent à vous fournir une somme de 30 000 francs; mon hypothèque ne vaudra que pour les 25 000 francs, montant du crédit ouvert, et les 5 000 francs d'excédant constitueront pour moi une créance simplement chirographaire. Mais, d'une autre part, au lieu de dépasser ou même d'épuiser le crédit que je vous ai ouvert jusqu'à concurrence de 25 000 francs, vous n'avez pris que 15 000 francs; mon hypothèque vaudra pour cette dernière somme seulement (2). — Dans le premier cas, c'est l'acte

---

(1) Du reste, l'hypothèque consentie pour sûreté d'une ouverture de crédit garantit, au cas de faillite du crédité, les avances faites à celui-ci postérieurement à l'homologation de son concordat. Rej., 14 nov. 1859 (S.-V., 60, 1, 803; *J. Pal.*, 1860, p. 367; Dall., 60, 1, 221). Voy. *infrà*, n° 883.

(2) Au surplus, lorsqu'un créditeur, tenu de fournir des fonds au crédité au fur et à mesure de ses besoins, est porteur d'un billet souscrit par celui-ci antérieurement à l'acte de crédit, le billet en renouvellement que le créditeur fait souscrire au crédité doit être considéré non plus comme représentant l'ancienne dette, mais comme

constitutif de l'hypothèque qui détermine l'étendue de mon droit hypothécaire, parce que les tiers, qui ont traité avec mon débiteur sur la foi que ses immeubles étaient grevés d'une créance éventuelle de 25 000 francs, seraient trompés si ces immeubles se trouvaient engagés pour une somme plus forte. Dans le second cas, l'étendue de l'hypothèque est déterminée par la réalisation même du crédit, parce que si je me suis engagé à prêter 25 000 francs, je n'en ai prêté cependant que 15 000, et que l'hypothèque ne peut garantir que la sommme réellement prêtée.

715. Si le crédit est limité dans sa durée, on dira, en général, que l'hypothèque, qui d'ailleurs ne pourra jamais garantir le créditeur au delà des sommes au montant desquelles l'ouverture de crédit aura été limitée, ne vaudra même que pour celles qui auront été avancées pendant la période fixée, fussent-elles inférieures au chiffre du crédit et quelles que soient les avances qui auraient pu être faites ultérieurement (1). Ainsi, pour mieux préciser, nous reprenons l'hypothèse du nº 713 et nous supposons que les cinq ans formant la durée du crédit de 100 000 francs qui m'a été ouvert ont pris cours au 1er janvier 1870 pour finir au 1er janvier 1875. Supposons en outre que, parvenus à cette dernière époque, le créditeur et moi nous sommes convenus de proroger le compte, et que nos opérations ont continué jusqu'au 1er janvier 1876. L'hypothèque ne garantira que les sommes avancées jusqu'au 1er janvier 1875, époque à laquelle le compte courant devait être balancé et arrêté; et si, le compte fait, il est établi que les avances à ce moment étaient, par exemple, de 60 000 francs, l'hypothèque ne vaudra que pour cette somme, quand même il y aurait eu, du 1er janvier 1875 au 1er janvier 1876, durée de la prorogation, d'autres avances qui, ajoutées aux premières, en porteraient la somme totale à un chiffre ne dépassant ou n'atteignant même pas celui de 100 000 francs, jusqu'à concurrence duquel le crédit avait été primitivement ouvert. — C'est, disons-nous, la règle générale; mais elle n'est pas absolue, et il est telles hypothèses où l'hypothèque pourra garantir des opérations qui pourtant auront été faites après l'expiration du terme fixé par la convention d'ouverture de crédit.

Voici une espèce qui, dans les phases successives qu'elle a parcourues, a mis en lumière la règle et les limitations équitables qu'elle comporte. — Par acte notarié du 5 février 1840, Jean Lemaître et compagnie avaient ouvert à Bony un crédit de 100 000 francs par compte courant pour six ans, terme à l'expiration duquel il était stipulé qu'on

une avance faite en exécution de l'acte de crédit; en telle sorte que le billet nouveau jouit du bénéfice de l'hypothèque stipulée dans cet acte. Req., 2 juin 1863 (S.-V., 63, 1, 335; *J. Pal.*, 1863, p. 1075; Dall., 63, 1, 337).

(1) Néanmoins, l'hypothèque constituée pour sûreté d'une ouverture de crédit à réaliser dans une période de temps et jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, s'applique aux effets de commerce même d'une dette postérieure à cette période, *s'ils ont été souscrits sans novation en renouvellement d'autres effets remis au créancier* dans les limites du temps ou du chiffre réglés par l'acte d'ouverture de crédit. Req., 9 mai 1869 (Dall., 69, 1, 398; *J. Pal.*, 1869, p. 646; S.-V., 69, 1, 263).

balancerait et arrêterait le compte; et le même jour les créditeurs avaient pris une inscription hypothécaire pour sûreté de la somme éventuelle de 100 000 francs sur la propriété des Capucins appartenant à Bony, avec mention, dans l'inscription, des stipulations principales de l'acte d'ouverture de crédit, et notamment de la clause qui en bornait la durée à six ans. Mais à l'expiration des six années, le compte n'avait point été balancé et arrêté; il avait été prorogé, au contraire, du consentement des parties, et, en fait, il s'était continué jusqu'au 24 mars 1847, jour du décès de Bony. — En cet état, il s'est agi de savoir si le droit hypothécaire conféré à Lemaître et compagnie devait être limité au 5 février 1846, ou si, au contraire, il devait garantir jusqu'au décès de Bony le solde du compte courant, jusqu'à concurrence de la somme stipulée dans l'acte de crédit : et c'est à ce dernier parti que la Cour de Rouen s'était arrêtée (1). Pourquoi? Parce que, disait-elle dans son arrêt, « le compte courant se compose d'un ensemble d'opérations successives qui se tiennent et s'enchaînent d'une manière indissoluble jusqu'à sa clôture; que les versements et remises qui forment cet ensemble d'opérations ne sont que des éléments partiels du compte, et ne peuvent jamais constituer des *payements* dans l'acception légale de ce mot; que la qualité de créancier ou de débiteur ne peut, par la même raison, être fixée qu'autant que le compte est définitivement arrêté, puisque le compte qui court, par la nature même de sa destination, ne présente aucune balance définitive; que, d'après les principes, il est manifeste, dans l'espèce, qu'à la date du 5 février 1846, il n'y avait ni créancier ni débiteur, puisque, par une conséquence de la nouvelle convention des parties, le compte n'avait pas cessé de courir à cette date. »

Ces principes sur le compte courant sont d'une exactitude parfaite, au point de vue des obligations personnelles qui résultent de la convention pour les parties entre lesquelles elle est formée; mais il y a ici les tiers, dont l'intérêt est principalement en jeu, et ces principes ne sauraient leur être opposés qu'autant que leurs droits n'en recevraient aucune atteinte. Ainsi, lorsque l'hypothèque a été consentie pour garantie d'une ouverture de crédit dont les parties ont limité la réalisation à une période fixée d'un certain nombre d'années, les tiers sont avertis que l'ouverture de crédit doit s'arrêter au terme fixé. S'il est dans le droit des parties de proroger la durée du crédit, soit par un nouveau compte, soit en continuant celui qui existe déjà, il est certain du moins que l'exercice de ce droit ne peut avoir pour conséquence d'*aggraver* au préjudice des tiers la situation hypothécaire du crédité au delà de ce qu'elle était au jour indiqué par l'inscription comme celui où le compte courant devait être arrêté, parce que là était pour les tiers la limite à laquelle devait être fixée l'étendue de la créance, et, conséquemment, l'importance de l'hypothèque qui la garantissait. C'est ce droit qui

(1) Rouen, 19 janv. 1849 (S.-V., 50, 2, 238; *J. Pal.*, 1851, t. I, p. 64; Dall., 51, 2, 129).

n'était pas suffisamment réservé par la Cour de Rouen. C'est pourquoi son arrêt a été cassé; la Cour de cassation, et après elle la Cour de Paris, devant laquelle l'affaire a été renvoyée (1), ont jugé, par les motifs mêmes ci-dessus indiqués, que l'hypothèque constituée pour sûreté d'un crédit ouvert par compte courant, pour un temps déterminé, avec stipulation qu'à l'expiration de ce temps le compte serait balancé et arrêté, n'est pas, dans ses effets à l'égard des tiers, soumise aux mêmes conditions et ne dépend pas des mêmes règles que la détermination, entre les parties, de la quotité de la dette du compte courant, et spécialement que si à l'expiration le compte, au lieu d'être balancé et arrêté, a été continué jusqu'à une époque ultérieure, les opérations faites pendant la prorogation ne sont pas *nécessairement* garanties par l'hypothèque.

716. Mais supposons que le solde dû à l'époque du règlement définitif du compte prorogé soit inférieur à celui qui aurait pu être constaté au terme où, d'après la convention primitive, le compte devait être balancé et arrêté; où serait alors l'inconvénient de suivre sans réserve les principes du compte courant? Et quel serait le préjudice qui en résulterait pour les tiers? Le cas se produisait précisément dans l'espèce que nous venons de citer. Ainsi, en fait, si le compte avait été balancé et arrêté au 5 février 1846, date où, d'après la convention, devait finir le crédit ouvert par l'acte du 5 février 1840, Bony eût été constitué débiteur d'une somme de 149 539 francs, qui ainsi eût absorbé complétement la garantie hypothécaire de 100 000 francs. Au lieu de cela, par suite des remises et des versements effectués successivement par Bony il s'est trouvé qu'en mars 1847, date du règlement définitif du compte prorogé, le solde en faveur du créditeur était réduit à la somme de 42 092 francs. Pourquoi cette dernière somme n'aurait-elle pas été couverte par l'hypothèque? Les créanciers intéressés à écarter cette hypothèque y résistaient parce que, disaient-ils, la créance de 149 539 fr., résultant du solde du compte tel qu'il aurait dû être arrêté à l'époque fixée par la convention primitive, avait été ultérieurement remboursée et éteinte par les remises ou versements opérés par Bony pendant la continuation du compte courant, et que, par suite, l'hypothèque qui servait de garantie à cette créance s'était éteinte en même temps. Ils ajoutaient que si plus tard, et en définitive, le créditeur s'était trouvé créancier du crédité, c'était là une nouvelle créance à la garantie de laquelle ne pouvait être appliquée une hypothèque conférée uniquement pour la créance primitive, désormais éteinte; qu'en un mot, l'hypothèque consentie par le crédité n'avait pu couvrir que les opérations faites pendant le délai prévu, en sorte que, soit qu'aucune créance n'eût été réalisée à l'expiration de ce délai, soit que la créance réalisée eût été ensuite éteinte par le débiteur, les biens de celui-ci devaient se trouver libres de l'hypothèque éventuellement consentie, sans qu'on

(1) Voy. Cass., 22 mars 1852, et Paris, 21 déc. 1852 (S.-V., 52, 1, 307; 53, 2, 5; Dall., 52, 1, 86; 53, 2, 81; *J. Pal.*, 1852, t. II, p. 286; 1853, t. I, p. 152).

pût reporter ensuite cette hypothèque sur une créance qui n'avait pris naissance qu'au moyen d'une prolongation de crédit au delà du terme conventionnellement fixé lors de son ouverture.

Mais tout cela eût été bon si la situation hypothécaire du crédité se fût trouvée aggravée par le solde définitif du compte prorogé. Dans la situation inverse, et quand les créanciers contestants n'avaient aucun intérêt à critiquer une prorogation au cours de laquelle la situation de leur débiteur s'était améliorée à ce point que le solde, au lieu d'absorber la garantie hypothécaire, n'atteignait même pas à la moitié, leur prétention était assurément contraire à l'équité. Elle était également contraire au droit. Comme l'a dit la Cour de Paris, sur le renvoi prononcé après cassation, les tiers, dès qu'ils n'avaient pas d'intérêt à critiquer la prorogation, devaient accepter le compte comme les parties elles-mêmes. Pour eux comme pour les parties, il était vrai de dire, dans ce cas particulier, que le compte courant forme un corps, un tout inséparable, dont tous les articles se tiennent et s'enchaînent, les avances et fournitures portées au débit et les remises et versements constatés au crédit composant un ensemble d'opérations qui, à raison même de leurs fluctuations successives et continuelles, acquièrent un caractère essentiellement indivisible, qui ne permet pas d'en détacher quelques parties pour y puiser des payements partiels par voie de confusion, de compensation ou d'imputation (1).

717. Terminons nos observations sur notre seconde question en faisant remarquer que la pratique fait habituellement une autre exception, en sens inverse de celle dont nous venons de parler, à la règle que l'hypothèque, ajoutée à un acte de crédit limité dans sa durée, ne vaut que pour les sommes avancées pendant la période fixée. Ainsi l'on dit très-fréquemment, dans les ouvertures de crédit, que l'hypothèque garantira les *avances déjà faites* et celles à faire dans un délai de..., et ce jusqu'à concurrence d'une somme déterminée. Ici, au lieu de voir, comme tout à l'heure, l'hypothèque s'étendre à des opérations faites après la date primitivement fixée pour terme au crédit, nous la voyons couvrir des avances antérieures à la date de l'ouverture. Cette nouvelle exception doit être admise également, et pourvu qu'en somme les avances ne dépassent pas le chiffre du crédit ouvert, les tiers n'ont pas à se plaindre. Nous rattacherons à cet ordre d'idées un arrêt de la Cour de cassation duquel il résulte que l'hypothèque conférée pour sûreté des sommes à venir par suite d'un crédit ouvert jusqu'à concurrence d'une certaine somme peut, d'après les circonstances et l'interprétation des clauses de l'acte, s'appliquer non-seulement aux sommes

---

(1) Voy. l'arrêt de Paris, du 21 décembre 1852, cité à la note précédente. — Du reste, lorsqu'une inscription a été prise pour garantie d'un compte courant avec ouverture de crédit, et que des billets à ordre ont été remis au créditeur, il appartient au juge du fait de décider si ceux de ces billets pour sûreté desquels le créditeur réclame le bénéfice de l'hypothèque constituent ou non une créance distincte du compte courant, et rentrent dès lors ou non dans les éléments de la créance que cette hypothèque a eu pour objet de garantir. Rej., 23 mars 1874 (Dall., 74, 1, 316; S.-V., 74, 1, 355; *J. Pal.*, 1874, p. 895).

qui seraient touchées en vertu de cette ouverture de crédit depuis la constitution de l'hypothèque, mais au solde d'un compte courant arrêté antérieurement, par suite d'avances antérieures et dont le crédité se trouvait débiteur (1). On voit que, par cette décision, qui d'ailleurs, il faut le reconnaître, n'est qu'un arrêt d'espèce, la Cour de cassation admet la convention dont nous parlons ici, et va même au delà, puisqu'elle l'admet comme résultant des circonstances dans un cas où elle n'était pas expressément formulée.

718. La créance résultant d'une ouverture de crédit ou d'une promesse de prêt est éventuelle; l'hypothèque ajoutée à la convention est donc éventuelle également : c'est par le versement des fonds par le créditeur ou le prêteur; en d'autres termes, c'est par la réalisation que la créance devient certaine et actuelle, et que l'hypothèque est vivifiée. Mais comment la réalisation du prêt, ou l'emploi du crédit, seront-ils justifiés vis-à-vis des tiers ? Le créditeur ou le prêteur seront-ils tenus de l'établir en produisant des quittances authentiques ? ou pourront-ils en justifier par tous les moyens légaux et admissibles entre le créditeur et le crédité ? C'est notre troisième question.

Il existe là-dessus des théories fort exagérées dans lesquelles, en partant de cette idée que l'hypothèque ne peut résulter que d'un acte authentique passé devant notaire (*suprà*, art. 2127), on tient que rien n'est plus conséquent à ce principe que d'exiger un titre authentique pour l'établissement de la somme à l'occasion de laquelle une garantie hypothécaire a été donnée. C'est notamment l'avis de M. Dalloz (2), et M. Merlin s'était d'abord prononcé en ce sens, déterminé, dit-il, qu'il avait été par ce passage de Raviot sur Perrier (quest. 90, n° 31), que nous reproduisons ici, parce qu'il résume les motifs invoqués encore aujourd'hui à l'appui de cette doctrine : « Le mandant et le mandataire avaient promis, celui-ci l'exécution du mandat, celui-là l'indemnité ou d'autres conditions. Je croirais que, pour lors, le mandataire aurait hypothèque du jour de la procuration; *mais je n'admettrais cette hypothèque que pour les actes de la gestion qui seraient publics et dont la date serait certaine*, parce que c'est une maxime, en France, qu'il ne doit pas dépendre de nous de nous faire des hypothèques par des actes sous signature privée; ces actes n'ont jamais de date à l'égard des tiers. Il faut que les hypothèques soient avérées; sans quoi nous les rejetons, parce que nous préférons le droit public au droit particulier, et que toutes nos lois portent leur attention à ne point souffrir que la foi publique soit trompée ni même exposée aux fraudes. » Mais M. Merlin ajoute qu'en y réfléchissant, cette doctrine lui a paru n'être qu'une erreur, en tant qu'elle exige des *actes publics* pour prouver l'existence de la créance, et ne se contente pas d'actes sous seing privé dont la date,

---

(1) Req., 13 août 1855 (S.-V., 55, 1, 769; Dall., 56, 1, 165). *Junge* l'arrêt, déjà cité sous le n° 714, du 2 juin 1863. *Comp.* Orléans, 20 déc. 1859 (*J. Pal.*, 1860, p. 161, et Caen, 21 mars 1867, rapporté avec Cass., 8 mars 1869 (Dall., 69, 1, 202).

(2) Voy. M. Dalloz (*Rép.*, v° Hyp., p. 205, n° 20).

sans être authentique, ne soit pas douteuse (1). Nous comprenons à merveille le changement qui s'est opéré dans l'opinion de Merlin.

Et d'abord, la doctrine qu'il rétracte est inadmissible absolument, car elle aboutirait à une impossibilité, dans le cas où la promesse a lieu entre négociants et consiste dans la convention connue sous la dénomination d'*ouverture de crédit*. Il y a là une série d'opérations dont les fluctuations continuelles changent à chaque instant la situation des parties : ce sont, d'une part, des avances ou des fournitures qui sont constatées par de simples mentions au débit; d'une autre part, des versements ou des remises qui s'établissent par d'autres mentions au crédit. Dire que, dans ce cas, l'hypothèque ne pourra exister et avoir effet qu'à la condition par le créditeur de prouver sa créance par des actes authentiques ou même par des actes sous seing privé ayant acquis date certaine, ce serait tout bonnement poser en principe qu'une stipulation d'hypothèque ne peut pas accéder à la convention d'ouverture de crédit. On ne saurait aller jusque-là : aussi la jurisprudence n'a-t-elle pas hésité à reconnaître que les payements effectués en exécution de l'ouverture de crédit peuvent être prouvés, même vis-à-vis des tiers, par les livres des parties (2).

Mais supposons que la convention ait eu lieu entre non-négociants, qu'elle ait eu simplement pour objet une promesse de prêt : même dans ce cas, l'existence de la créance ou la réalisation n'a pas besoin, pour être établie, du secours de l'authenticité. Le tort de la doctrine contraire est de confondre deux choses essentiellement distinctes : la cause efficiente de l'hypothèque d'une créance conditionnelle et tout d'abord indéterminée, et la liquidation de cette créance. La cause efficiente de l'hypothèque, c'est la convention qui l'a constituée. Que cette convention doive être faite en la forme authentique, cela est certain; et, dans le cas où la créance garantie par l'hypothèque est conditionnelle, éventuelle ou indéterminée, non moins que dans celui où la créance est liquide et certaine, la forme de l'acte notarié, comme nous l'avons vu dans le commentaire de l'art. 2127 (voy. n°s 656 et suiv.), est une condition nécessaire et sans laquelle l'hypothèque ne serait pas valablement constituée. Mais, nous l'avons vu aussi (voy. n° 660), il n'y a pas indivisibilité, quant à la forme, entre la constitution d'hypothèque et l'acte ultérieur par lequel le créancier liquide sa créance primitivement conditionnelle, éventuelle ou indéterminée. La loi ne parle de l'authenticité, elle n'en fait une condition nécessaire, que pour l'acte constitutif de l'hypothèque; elle se borne là : et, comme le dit Merlin, pour étendre sa disposition jusqu'aux pièces nécessaires pour régler et liquider la créance ainsi hypothéquée, il faudrait être législateur.

Qu'on ne parle pas, d'ailleurs, de l'intérêt des tiers et des dangers auxquels ils seraient exposés si l'on n'avisait pas aux moyens de rendre

(1) Voy. M. Merlin (*Quest.*, v° Hyp., § 3, n° 1, *in fine*).
(2) Voy. Douai, 17 déc. 1833 (S.-V., 34, 2, 279).

pour ainsi dire impossible une entente frauduleuse entre le prêteur et l'emprunteur en vue de diminuer le gage hypothécaire par la supposition d'une numération de deniers. En définitive, les tiers sont avertis à l'avance, par l'inscription, que les biens de l'emprunteur ou du crédité sont éventuellement grevés d'hypothèque pour une créance dont le chiffre leur est révélé par cette inscription. S'ils traitent malgré cet avertissement, ils traitent en connaissance de cause et nécessairement dans la prévision que le crédit à raison duquel l'hypothèque a été éventuellement constituée pourra être épuisé en totalité. Et comme l'hypothèque ne pourra, en aucun cas, couvrir des sommes supérieures, il est vrai de dire qu'il n'y a pas ici de surprise possible. Les tiers contesteront donc, s'ils le jugent à propos, les quittances ou les pièces produites pour justifier la réalisation; ils les attaqueront et tenteront, par tous les moyens du droit commun, de les faire tomber s'ils prouvent qu'elles cachent des fraudes; mais ils ne pourront prétendre à rien de plus, et, notamment, ils ne pourront pas, quand la loi n'a pas expressément déclaré que ces pièces ne feraient preuve qu'autant qu'elles seraient rédigées en la forme authentique par-devant notaire, les faire écarter de plein droit par cela seul qu'elles consisteraient en actes sous seing privé (1).

719. Quant à notre dernière question, elle est de toutes celle qui a soulevé et qui soulève encore les plus vives controverses en théorie, bien qu'elle paraisse définitivement résolue, par la jurisprudence, dans un sens conforme aux besoins de la pratique. Il s'agit de savoir si l'hypothèque constituée pour sûreté d'un crédit ouvert ou d'une promesse de prêt remonte, pour les diverses sommes que le débiteur a successivement prélevées, au jour de l'inscription prise en vertu de l'acte de constitution, ou si, au contraire, elle ne date, pour chacune de ces sommes, que du jour où elle a été prélevée. Par exemple, en octobre 1874, un crédit de 10000 francs a été ouvert, sous affectation hypothécaire, à Paul par Pierre, qui a pris immédiatement inscription. Mais le crédité n'a eu recours à la caisse du créditeur qu'au mois de janvier 1875, et y a puisé jusqu'au mois de décembre suivant, époque à laquelle le crédit a été épuisé. A quelle date devra-t-on fixer l'hypothèque de Pierre dans ce cas? Prendra-t-elle rang au jour de l'inscription primitive, c'est-à-dire au mois d'octobre 1874? ou ne prendra-t-elle rang qu'au jour de la réalisation, c'est-à-dire au mois de janvier 1875, et successivement aux diverses dates des prélèvements effectués par Paul, jusqu'en décembre 1875, dans la caisse de Pierre? On aperçoit tout l'intérêt de la question : c'est une question de préférence entre l'hypothèque de Pierre et les hypothèques que Paul pourrait avoir conférées à d'autres créanciers sur les mêmes immeubles, dans l'intervalle

(1) Voy. MM. Troplong (nº 508); Grenier (t. I, nº 29); Coulon (t. III, p. 249). — Le point est résolu législativement dans ce sens en Belgique, par la loi du 16 décembre 1851, dont l'art. 80 dit expressément que la délivrance des fonds pourra être établie *par tous les moyens légaux*. Voy. MM. Delebecque (*Comm. législ.*, p. 287); Martou (t. III, p. 111 et nº 1024).

qui s'est écoulé entre l'acte d'ouverture de crédit et les divers actes de réalisation.

Dans l'ancienne jurisprudence, aucun doute ne paraît s'être élevé là-dessus. Pothier, qui résume la doctrine généralement admise, s'exprime ainsi sur ce point : « On peut constituer des hypothèques pour une dette qui n'a point été contractée, mais que l'on contractera, *et futuræ obligationis nomine;* mais comme il ne peut y avoir d'hypothèque qu'il n'y ait une dette, cette hypothèque n'aura lieu que du jour que la dette aura été contractée. C'est pourquoi si aujourd'hui, premier d'avril, je suis convenu que tel héritage vous serait spécialement hypothéqué pour une somme de 10 000 livres que vous me prêteriez, et que vous ne m'ayez compté cette somme que le premier septembre suivant, l'hypothèque n'aura lieu que du premier septembre, parce que, n'ayant commencé à être débiteur envers vous de cette somme que du jour que je l'ai reçue, l'hypothèque n'a pu naître plus tôt, ne pouvant pas y avoir d'hypothèque avant qu'il y eût une dette. » (1) Aujourd'hui encore, sous le Code civil, cette doctrine trouve des partisans nombreux parmi les auteurs les plus accrédités. On a dit que la convention qui ouvre un crédit à une personne, lui laissant une entière liberté d'user ou de ne pas user du crédit, n'engendre pas d'obligation par elle-même; qu'il ne peut donc s'attacher d'hypothèque à cette convention, puisque l'hypothèque, étant essentiellement l'accessoire d'une créance, ne peut exister tant qu'il n'existe pas une obligation principale à laquelle elle puisse accéder : et l'on a conclu de là que si, avant de faire usage du crédit, le crédité hypothéquait ses immeubles à d'autres créanciers qui s'empresseraient de prendre inscription, ces nouvelles hypothèques seraient préférables, et le crédité ne pourrait les rendre sans effet en usant ultérieurement de son crédit (2).

Mais pourtant il faut reconnaître que si cette doctrine devait prévaloir, c'en serait fait des conventions de l'espèce; quelque utiles, quelque avantageuses qu'elles soient pour le développement du crédit, la pratique n'y saurait plus recourir. La Faculté de droit de Strasbourg (3) mettait cela dans tout son jour, lors de l'enquête administrative de 1841, quand elle disait : « Les constitutions d'hypothèque pour sûreté de crédits ouverts sont, pour les simples particuliers comme pour les négociants, un élément commode de crédit dont il serait contraire à l'intérêt général d'entraver l'emploi et le développement. Or, en ne donnant à l'hypothèque que la date des diverses avances successivement faites à l'emprunteur, on enlève au prêteur les garanties que la convention devait lui assurer, et l'on dépouille par cela même cette

---

(1) Voy. Pothier (*De l'Hyp.*, n° 62). — *Junge :* Domat (*loc. cit.*, liv. 3, tit. 1, sect. 1, art. 4); Basnage (chap. 1, sect. 3).

(2) Voy. MM. Merlin (*Quest.*, v° Hyp., § 3, n° 2); Toullier (t. VI, n° 546); Dalloz (v° Hyp., p. 204, n° 18); Zachariæ (t. II, p. 14, note 21); Troplong (n° 78); Championnière et Rigaud (*loc. cit.*). — *Junge:* Liége, 7 janv. 1811; Bruxelles, 10 juill. 1817.

(3) Observations de la Faculté de Strasbourg (*Doc. hyp.*, t. III, p. 346). — Voy., en outre, *ibid.* (t. I, p. 536, 594, 596).

convention de son caractère propre et des avantages particuliers à raison desquels elle constitue un moyen de crédit distinct de l'hypothèque ordinaire. En effet, dans ce système, le prêteur devrait, s'il voulait avoir la certitude que son gage n'a pas été diminué, se faire représenter un nouvel extrait du registre des inscriptions hypothécaires chaque fois que l'emprunteur viendrait demander une avance, et il serait autorisé à refuser des fonds, si ce dernier ne justifiait pas de l'absence de nouvelles hypothèques. Cela n'est-il pas incompatible avec la nature d'un crédit ouvert, dont l'effet doit être d'autoriser l'une des parties à puiser, quand bon lui semble, à la caisse de l'autre, les sommes dont elle peut avoir besoin? Comment, d'ailleurs, fera-t-on si, au lieu de se présenter elle-même à la caisse du banquier, la personne qui a un crédit ouvert a fourni des traites sur lui? Les porteurs de ces traites seront-ils, eux aussi, tenus de justifier que le tireur n'a pas consenti d'hypothèque au profit de tiers? Il faut donc le reconnaître : la restriction de l'effet de l'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert, aux dates respectives des avances successivement faites à l'emprunteur, aurait pour résultat de rendre impraticable ce genre de constitution d'hypothèques, ou du moins d'en entraver l'emploi par des difficultés qui les priveraient des avantages particuliers qu'elles offrent, quand on leur donne tout l'effet qu'elles doivent produire d'après l'intention des parties. »

Ajoutons à ces considérations, prises toutes dans l'intérêt de la pratique, que le droit est parfaitement conforme. Je donne à un banquier mandat de me procurer des fonds en compte courant. Il voudra bien le faire sous un cautionnement, sous un nantissement, sous une hypothèque, que je lui donnerai avant qu'il exécute mon mandat. Que faisons-nous alors? De mon côté, je constitue la sûreté nécessaire aux obligations futures, et, de son côté, le banquier prend l'obligation de me fournir des deniers dans l'avenir. Est-il contraire au droit que je constitue *dès aujourd'hui* une sûreté pour l'exercice d'un *mandat* que je donne *aujourd'hui?* C'est permis pour le cautionnement, contrat accessoire; c'est permis pour le nantissement, contrat accessoire; c'est permis pour l'hypothèque, contrat accessoire : c'est permis par l'article 1130. La dette future que je contracterai envers vous, et les choses que vous me fournirez, peuvent être pour moi dès aujourd'hui la matière d'une obligation que je contracte dès aujourd'hui, et qui deviendra la *cause* ou la sûreté de l'exécution de notre mandat. Et comme c'est du jour du mandat que je contracte l'obligation de vous indeminiser de son exécution, il est clair que si voūs exécutez le mandat, qui fera naître ma dette envers vous, mon obligation de payer est née, par l'effet rétroactif de la condition, au jour même où j'ai donné la sûreté de l'obligation future.

Tout cela est certain en droit : voilà pourquoi la jurisprudence (et c'est aussi l'avis de la majorité des auteurs) a décidé que l'hypothèque conférée pour sûreté d'un crédit ouvert et accepté produit effet du jour du contrat, non-seulement quand les tiers n'ont acquis de droits qu'a-

près la réalisation (1), mais encore quand les droits acquis par les tiers l'ont été avant la réalisation, mais après que l'inscription a été prise en vertu du contrat (2).

Cette solution est la seule conciliable avec le droit comme avec les besoins de la pratique. Et en définitive, les tiers, dont l'intérêt est engagé ici, ne peuvent pas s'en plaindre dans l'état actuel de la législation, comme ils l'auraient pu sous l'ancienne jurisprudence. Leur sauvegarde est dans cette publicité que nos anciens ne pratiquèrent pas : et quand l'inscription de l'hypothèque pour sûreté d'un crédit ouvert leur fait connaître à l'avance l'importance de ce crédit, ils ne pourraient imputer qu'à eux-mêmes le préjudice qu'ils souffriraient si, en traitant avec le crédité, ils avaient négligé de tenir compte de la situation, et n'avaient pas prévu que le crédit pourrait être épuisé.

720. Il nous reste, pour compléter nos observations sur les promesses de prêt, à rapprocher de ce qui précède quelques règles particulières et toutes spéciales aux prêts consentis par les sociétés de crédit foncier.

Dans les principes de la législation qui régit ces sociétés, il y a des conditions générales qui doivent être rigoureusement remplies pour que la convention de prêt soit régulièrement formée. Ainsi, les sociétés ne peuvent prêter que sur première hypothèque, sauf les exceptions déterminées par la loi, et elles ne peuvent faire de prêt excédant la moitié de la valeur de la propriété donnée en garantie. Nous ne parlons pas d'une autre condition encore, qui consistait dans l'obligation de purger, parce que la purge, qui était obligatoire d'après le décret du 28 février 1852, est devenue purement facultative pour les sociétés aux termes de l'art. 2 de la loi du 10 juin 1853.

Ainsi, toute demande d'emprunt adressée par un propriétaire à une société de crédit foncier est suivie d'une instruction, qui a pour objet l'examen de la personne au point de vue de sa capacité et des biens offerts en hypothèque au point de vue de l'établissement de la propriété et de la solidité du gage, et pour but, d'assurer à la société cette priorité du rang hypothécaire qui est une condition essentielle et sans laquelle la convention de prêt ne saurait se former.

Après cela, il y a un premier acte qui doit être rédigé conformément aux formules arrêtées par la société, et qui contient, avec l'énonciation du montant du prêt, du chiffre et des termes de payement des annuités,

(1) Req., 26 janv. 1814.

(2) Voy. Douai, 17 déc. 1833; Paris, 20 août 1841, 30 mars 1842 et 15 janv. 1852; Aix, 29 mai 1841; Besançon, 30 nov. 1848; Req., 8 mars 1853; Rouen, 3 août 1864 (S.-V., 34, 2, 279; 41, 2, 541; 43, 2, 113; 48, 2, 729; 66, 2, 127; *J. Pal.*, 1852, t. I, p. 334; 1853, t. I, p. 364; 1866, p. 577). Voy. aussi MM. Grenier (t. I, n° 296); Persil (art. 2114, n° 3); Favart (v° Hyp., p. 731); Pardessus (n° 1137); Rolland de Villargues (v° Hyp., n° 55); Battur (n° 283); Devilleneuve (vol. de 1850, 1, 91); Aubry et Rau, qui rétractent l'opinion contraire par eux professée dans leurs premières éditions (3e édit., t. II, p. 734, note 66; 4e édit., t. III, p. 283, note 71). — C'est aussi en ce sens que s'est prononcée en Belgique la loi du 16 décembre 1851 (voy. l'art. 80, déjà cité), et, en France, la loi du 10 juin 1852, relative aux sociétés de crédit foncier (art. 4). Voy. le numére suivant.

des conditions et des effets des remboursements anticipés, la désignation des biens hypothéqués, l'établissement de propriété, la déclaration de l'état civil de l'emprunteur, l'affectation hypothécaire, le transport de l'indemnité d'assurance, etc. Ce premier acte est qualifié de *contrat conditionnel* par la loi elle-même (décret du 28 février 1852, art. 8, et loi du 10 juin 1853, art. 4), dans laquelle cette qualification s'introduit ainsi pour la première fois. Toutefois, le contrat est conditionnel à un autre point de vue que les promesses de prêt et les ouvertures de crédit dont nous venons de parler : dans ces dernières conventions, la condition consiste en ce que le crédité ou l'emprunteur peut à son gré faire ou ne faire pas usage du crédit à lui ouvert (voy. *suprà,* n°s 711 et 718); au contraire, vis-à-vis des sociétés de crédit foncier, l'emprunteur est obligé de prendre la somme prêtée, et de la prendre en totalité, de même que la société est obligée de la livrer dès que la convention est consommée. Mais le contrat y est conditionnel en ce sens que la réalisation du prêt est subordonnée au résultat de la purge des hypothèques légales, quand il y a lieu de l'accomplir, et à celui des formalités hypothécaires, qui doivent être remplies dans tous les cas. C'est après l'accomplissement de ces formalités, et quand elles n'ont fait surgir aucun obstacle à cette priorité de rang que la société doit toujours s'assurer, qu'intervient un second acte qui s'appelle l'*acte définitif.* Ainsi les sociétés de crédit foncier font ostensiblement et de par la loi ce qui se pratique habituellement et en secret dans les prêts entre particuliers, à l'occasion desquels l'acte constate la remise des fonds à l'emprunteur par le prêteur, bien qu'en fait les fonds restent dans la caisse du notaire en attendant que l'état des inscriptions que l'on prendra permette de s'assurer que les biens offerts par l'emprunteur présentent une sûreté véritable.

Quoi qu'il en soit, ce nouvel acte, qui constitue la réalisation du prêt, énonce sommairement l'accomplissement des formalités de purge et des autres formalités hypothecaires, établissant qu'il n'est survenu aucune inscription primant celle du crédit foncier, à l'exception de celles dont les causes doivent être remboursées avec le montant du prêt; et, à quelque époque qu'intervienne cet acte qui constate la remise des deniers, l'hypothèque de la société, qui a pu être inscrite en vertu de l'acte conditionnel, prend rang du jour de l'inscription. Cela eût été constant quand même la loi n'en aurait pas parlé, et l'on aurait dû appliquer la jurisprudence dont nous avons rendu compte au numéro qui précède, d'autant plus qu'ici, à la différence de ce qui a lieu dans les ouvertures de crédit, la réalisation du prêt n'est nullement facultative, comme nous venons de le dire. Mais on a cru prudent de l'exprimer, et l'art. 4 de la loi du 10 juin 1853 dit, en effet, que « l'hypothèque consentie, au profit d'une société de crédit foncier, par le contrat conditionnel de prêt, prend rang du jour de l'inscription, quoique les valeurs soient remises postérieurement. »

721. Après avoir indiqué quelles obligations sont susceptibles de re-

cevoir la stipulation d'hypothèque, il nous reste à rappeler que, comme convention ou obligation accessoire, l'hypothèque elle-même est liée, en général, au sort de l'obligation principale qu'elle a pour objet d'assurer et garantir.

Ainsi, l'obligation principale est-elle conditionnelle ou affectée d'une modalité quelconque, l'hypothèque est conditionnelle également ou affectée de la même modalité ; et c'est ce qu'exprime l'art. 2125 (voy. *suprà,* n[os] 636 et suiv.).

L'obligation principale est-elle nulle ou bien éteinte, l'hypothèque sera nulle ou éteinte également, puisqu'on ne saurait concevoir une obligation accessoire subsistant seule, et survivant à l'obligation principale à laquelle elle avait été attachée (1) ; nous revenons d'ailleurs là-dessus dans notre commentaire de l'art. 2180. — Mais comme, au contraire, l'existence de l'obligation principale se conçoit à merveille indépendamment de toute obligation accessoire, on dira, à l'inverse, que l'invalidité de l'hypothèque ne peut avoir d'influence sur le sort de l'obligation principale à laquelle elle avait été accessoirement ajoutée.

L'obligation principale est-elle annulable seulement, l'hypothèque est sans doute, et en thèse générale, annulable également. Toutefois, supposons que l'hypothèque ait été consentie par un tiers sur ses immeubles pour garantir une obligation principale susceptible d'être annulée par une exception personnelle, l'hypothèque sera maintenue nonobstant l'annulation de l'obligation principale, et cela par application de l'art. 2012, d'après lequel « on peut cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé, par exemple dans le cas de minorité. » (2)

722. Mais ajoutons, en terminant, que bien que purement accessoire, l'hypothèque est soumise aux principes généraux, et par conséquent qu'elle est susceptible elle-même de toutes les modalités, bien qu'adhérant à une obligation pure et simple. Sans doute, elle ne pourrait pas être établie en des termes ou sous des conditions contraires à son essence ou à ses fins. Par exemple, le résultat ou le but final de l'hypothèque étant l'expropriation du débiteur selon des formalités déterminées par la loi, le débiteur ne pourrait pas, en la constituant, insérer dans la convention une clause par laquelle il consentirait à ce que son créancier devînt, à défaut de payement au terme convenu, propriétaire de l'immeuble hypothéqué (3). Il ne pourrait pas même, depuis la loi du 2 juin 1841, qui, en prohibant la clause *de voie parée,* a coupé court aux difficultés de doctrine et de jurisprudence que cette clause avait soulevées, consentir qu'à défaut d'exécution des engagements pris

(1) Voy. Riom, 11 mess. an 11, 2 avr. 1816, 6 juill. 1830; Metz, 5 juill. 1822; Rej., 25 avr. 1826.

(2) Voy. MM. Delvincourt (t. III, p. 298); Battur (t. II, n° 263); Zachariæ (t. II, p. 143).

(3) Voy. Paris, 22 mess. an 11; Bourges, 8 févr. 1810; Turin, 21 juill. 1812; Montpellier, 17 avr. 1840 (S.-V., 40, 2, 531). — Voy. cependant Toulouse, 16 mars 1812 et 1er mars 1822; Montpellier, 6 mars 1840 (S.-V., *loc. cit.*).

envers le créancier, celui-ci aurait le droit de vendre les immeubles de son débiteur sans remplir les formalités prescrites par la loi (1). Mais sauf cela et toutes autres conditions qui, comme celles-ci, toucheraient au principe même de l'hypothèque et en détruiraient l'essence, on peut dire qu'il n'y a pas entre l'hypothèque conventionnelle et l'obligation principale à laquelle elle accède, une solidarité tellement absolue que la première ne puisse pas être conditionnelle quand l'autre est pure et simple (2).

SECTION IV

DU RANG QUE LES HYPOTHÈQUES ONT ENTRE ELLES.

2134. — Entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'a de rang que du jour de l'inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur, dans la forme et de la manière prescrites par la loi, sauf les exceptions portées en l'article suivant.

2147. — Tous les créanciers inscrits le même jour exercent en concurrence une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, quand cette différence serait marquée par le conservateur (3).

SOMMAIRE.

I. 723. Transition. La publicité est la condition nécessaire pour vivifier l'hypothèque et assurer au créancier la préférence, qui est le droit essentiel résultant de l'hypothèque. C'est l'innovation la plus importante introduite par les lois modernes dans le régime hypothécaire. — 724. Dans l'ancien droit, l'hypothèque occulte était la règle générale, sauf dans les provinces de *saisine* et de *nantissement*. Tentatives pour obvier aux inconvénients de la clandestinité. Les lois des 11 messidor an 3 et 11 brumaire an 7 posent le principe de la publicité, adopté bientôt par le Code civil.

II. 725. Nos articles et ceux dont se compose la présente section ne règlent les effets de la publicité qu'en ce qui concerne le *droit de préférence* résultant de l'hypothèque : preuve et développements.

III. 726. Le principe est général et s'applique à toutes les causes d'hypothèque. Néanmoins certaines hypothèques *légales* en sont affranchies. Renvoi.

IV. 727. Le mode de publicité institué par la loi est l'*inscription* sur les registres du conservateur. — 728. La connaissance personnelle que les tiers pourraient avoir de l'existence du droit hypothécaire ne suppléerait pas l'inscription : critique d'un arrêt en sens contraire. — 729. Le défaut d'inscription est opposable par tous les créanciers indistinctement, par les chirographaires aussi bien que par les hypothécaires; — 730. Mais il ne peut pas être opposé par celui qui a constitué l'hypothèque.

V. 731. De l'effet de l'inscription. Elle détermine le rang des hypothèques entre les créanciers. — 732. Application de la règle aux hypothèques générales affectant à la fois les biens présents et à venir du débiteur. Ceux-ci sont, à mesure de leur acquisition, affectés aux créanciers antérieurement inscrits, dans l'ordre des dates des inscriptions. — 733. Il n'en est pas de même dans le cas de l'ar-

---

(1) Code de procédure, art. 742. — Avant la loi de 1841, la jurisprudence tendait à se fixer en sens contraire. Voy. les quatre arrêts de la Cour de cassation du 20 mai 1840 (S.-V., 40, 1, 385).

(2) Voy. Cass., 5 déc. 1809. — Voy. aussi MM. Merlin (*Quest.*, v° Hyp., § 14); Grenier (t. I, n° 30).

(3) Le cas est prévu aussi par la loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime (voy. *infrà*, n° 734, à la note).

ticle 2130, lorsque le débiteur, à cause de l'insuffisance des biens présents, affecte ses biens à venir. Le droit du créancier sur ces derniers biens ne date que de l'inscription nouvelle qu'il prend sur chacun d'eux, à mesure de leur acquisition. — 734. D'après l'art. 2147, tous les créanciers inscrits le même jour viennent en concours, sans égard à l'heure des inscriptions. — 735. Il en est ainsi même pour les hypothèques légales soumises à l'inscription, — 736. Et pour les priviléges dégénérés en hypothèques, dans le cas de l'art. 2113. — 736 *bis*. *Secùs* dans le cas de concours entre une transcription d'acte de vente et une inscription d'hypothèque opérées le même jour.

I. — 723. Nous passons au dernier objet que s'est proposé le législateur dans le présent chapitre, lequel, ainsi que nous l'avons fait remarquer plus haut (voy. n° 319), est consacré à l'*hypothèque* d'une manière toute spéciale. La loi a fait connaître, dans ce chapitre, cette seconde des deux causes légitimes de préférence mentionnées dans l'art. 2194, de même qu'elle avait fait connaître la première, c'est-à-dire le *privilége,* dans le chapitre précédent. Ainsi, elle a dit, jusqu'ici, ce qu'est l'hypothèque, quels biens en sont susceptibles, quels sont les caractères propres à chaque espèce d'hypothèque, les causes d'où elles peuvent procéder, la mesure dans laquelle elles affectent les biens de l'obligé : elle va dire maintenant la condition à laquelle l'hypothèque peut être vivifiée et constituer réellement pour le créancier cette *cause légitime de préférence* dont le législateur lui-même parle dans l'article 2094. Cette condition, c'est la *publicité* par l'inscription, la publicité que nos lois modernes ont érigée en principe et dont elles ont fait la base et le pivot du régime hypothécaire. C'est l'innovation notable qui a été introduite dans la matière; c'est par là surtout que les lois modernes ont réalisé une amélioration véritable et désormais incontestée.

724. Ce n'est pas à dire qu'en consacrant l'institution de l'hypothèque, notre ancien droit français ait permis partout et toujours à l'hypothèque de se dérober à la connaissance des tiers et d'exister avec toutes ses prérogatives, quoique renfermée dans une funeste clandestinité. Sans doute l'ancien droit français avait subi l'influence de la législation romaine et avait accepté, même dans les pays de coutume, les principes généraux en matière d'hypothèque, sauf certaines modifications dont quelques-unes ont été déjà indiquées (voy. *suprà,* n° 412) : partant, à l'exemple des Romains, qui ne connurent et ne pratiquèrent jamais la publicité de l'hypothèque, pas même à l'époque où ils couvraient les héritages grevés de colonnes et d'écriteaux rappelant les obligations passées avec les créanciers (1), notre ancien droit français souffrit que les hypothèques restassent occultes; c'était la règle générale et le droit commun de la France. Mais, pourtant, quelques pays y firent exception. Telles furent les provinces dites de *saisine* et de *nantissement*. La publicité y fut organisée pour la constitution d'hypothèque aussi bien que pour l'établissement et la transmission de tous autre droits réels. Il y eut pour cela des formes diverses dont la plus simple, commune aux

---

(1) M. le premier président Troplong dit et démontre que ces manifestations, que les empereurs, du reste, ne tardèrent pas à restreindre et à modifier, étaient des actes d'autorité privée tenant plus à la vanité qu'à la conservation des droits (voy. *Comm. des Priv. et Hyp.*, n° 556).

Coutumes de Laon, de Reims et autres, a été décrite par Loyseau en ces termes : « Le créancier exhibe au seigneur haut justicier son contrat portant hypothèque, et le requiert que, pour seureté de sa debte, il soit nanty par hypothèque de l'héritage, et que doresnavant il ne fasse aucun nantissement ny dessaisine, sinon à la charge de son hypothèque. Ce qui doit être endossé sur son contrat et enregistré à la justice du lieu..... » (1) Et le principe de la publicité s'était si fortement implanté dans les habitudes de ces provinces que, lorsque l'édit de 1771, dont nous nous occuperons plus particulièrement en traitant de la purge, voulut abroger, par son art. 35, l'usage des saisines et nantissements pour acquérir hypothèque, les Cours de justice résistèrent à l'édit à cause de cet article et en refusèrent l'enregistrement. Il faut citer surtout le Parlement de Flandre, dont les énergiques remontrances, rappelées par Treilhard à l'appui de ce principe de la publicité dont il se montra le champion le plus résolu dans la discussion du Code, déclaraient que le Parlement « regardait la publicité des hypothèques comme le chef-d'œuvre de la sagesse, comme le sceau, l'appui et la sûreté des propriétés, comme un droit fondamental dont l'usage avait produit dans tous les temps les plus heureux effets, et avait établi autant de confiance que de facilité dans les affaires que les peuples belges traitent entre eux. Par cette forme, ajoutait le Parlement, toutes les charges et hypothèques étaient mises à découvert; rien n'était plus aisé que de s'assurer de l'état de chaque immeuble par la seule inspection des registres... » (2)

Ce n'est pas tout : dans les pays autres que ceux de saisine et de nantissement, c'est-à-dire dans la plus grande partie de la France, où la règle commune était la clandestinité, on avait trop à souffrir de ce système pour que les inconvénients et les périls n'en fussent pas hautement dénoncés. Il faut voir ce qu'en disait Loyseau dans un passage déjà cité en partie (*suprà*, n° 668), lorsque, s'élevant à la fois contre la généralité et contre la clandestinité de l'hypothèque, il montrait combien le danger était grand « à l'égard d'un tiers acquéreur de bonne foi, qui, pensant estre bien asseuré de ce que l'on lui vend, et qu'on met en sa possession, sçachant bien qu'il appartenoit à son vendeur, s'en void enfin évincé et privé par un malheur inévitable, au moyen des hypothèques précédentes, lesquelles étant instituées secrettement, il ne lui étoit pas possible de les sçavoir ny de les découvrir. » (3) Aussi des tentatives nombreuses furent-elles faites par le législateur en vue de généraliser le principe salutaire qui s'était introduit dans les provinces de saisine et de nantissement. La première de ces tentatives remonte à l'édit de 1580, par lequel Henri III créa, dans chaque siége royal, un office de contrôleur des titres, pour enregistrer tous les contrats qui

(1) Loyseau (*Du Déguerpiss.*, liv. 3, ch. 1, n° 35). — *Junge :* Lamoignon (*Arrêtés*, tit. 2).
(2) Voy. l'Exposé des motifs de M. Treilhard (Fenet, t. XV, p. 451); Locré (t. XVI, p. 335).
(3) Voy. Loyseau (*loc. cit.*, n° 16).

excéderaient cinq écus de principal ou trente sous de rente foncière, avec cette sanction qu'à défaut de contrôle ou d'enregistrement, les actes n'emporteraient point de droit de propriété ni d'hypothèque. On en trouve une seconde dans l'édit de 1606, par lequel Henri IV voulut reproduire le moyen établi par l'édit précédent, qui n'avait été tout d'abord que très-incomplétement exécuté et qui bientôt après fut révoqué. Enfin, une troisième, la plus importante comme la plus notable de toutes, en ce que, mieux et plus sûrement qu'aucune autre, elle allait au but, fut due au génie de Colbert, et se formula dans l'édit de 1673, qui s'annonçait hautement, dans son préambule, « comme voulant perfectionner, par une disposition universelle, ce que quelques coutumes du royaume avaient essayé de faire par la voie des saisines et des nantissements. » Cet édit n'eut alors qu'une existence éphémère. Pourtant il organisait le principe d'une manière si sûre que nos législateurs modernes, voulant l'organiser à leur tour, n'ont eu rien de mieux à faire (on le verra au cours de notre commentaire) que de puiser à pleines mains dans ses dispositions. — Et ajoutons qu'à certains égards ils étaient restés en arrière, comme l'a prouvé la loi du 23 mars 1855, dont l'art. 8 est venu encore emprunter à l'édit de Louis XIV l'une de ses inspirations heureuses que les rédacteurs du Code civil avaient eu le tort de négliger (voy. *infrà* le commentaire de l'art. 2135).

Quoi qu'il en soit, ces tentatives demeurèrent toutes sans effet. L'édit de 1580 fut révoqué en 1588, huit ans après sa publication ; encore même était-il resté à peu près inexécuté, les offices n'ayant pu être établis que dans un nombre infiniment restreint de localités. L'édit de 1606 ne fut accepté que dans un seul Parlement, celui de Normandie. Enfin, l'édit de 1673 tomba, l'année d'après, devant les préjugés de l'époque, auxquels l'édit de révocation d'avril 1674 crut devoir sacrifier : en sorte que, pour la généralité de la France, l'hypothèque continua de rester dans cette condition de clandestinité qui portait au crédit l'atteinte la plus funeste, jusqu'à la législation transitoire, et notamment jusqu'aux lois des 9 messidor an 3 et 11 brumaire an 7, qui proclamèrent enfin la publicité et en posèrent le principe de la manière la plus absolue. C'est aussi à ce principe que le Code civil s'est rattaché, non sans une très-vive résistance pourtant, car la cause de la clandestinité avait encore au conseil d'État ses partisans fort résolus (1); elle succomba néanmoins, et la majorité du Conseil, s'attachant, sous l'influence du Premier Consul, au progrès réalisé par les lois transitoires (2), a condamné à son tour la clandestinité, et a dit, en principe général, que désormais le droit résultant de l'hypothèque n'aurait de valeur et d'efficacité qu'à la condition de s'être révélé. Mais le Code a-t-il été absolu, sur ce point, autant que les lois intermédiaires? Comment, dans quelle mesure, par quels moyens, dans quelles vues a-t-il organisé le principe

---

(1) Voy. le premier Rapport de la section de législation présenté par M. Bigot-Préameneu (Fenet, t. XV, p. 229 et suiv.); Locré (t. XVI, p. 113 et suiv.).
(2) Voy. MM. Locré (t. XVI, p. 192 et 193); Fenet (t. XV, p. 302 et 303).

de la publicité? C'est ce que nous avons à préciser maintenant dans le commentaire de nos articles et de ceux qui vont suivre.

II. — 725. Avant tout, il faut préciser l'objet même de ces articles. Nous savons déjà que l'hypothèque, de même que le privilége sur les immeubles, engendre deux droits différents, le droit de préférence et le droit de suite : le premier, droit essentiel, qui s'exerce sur le prix de l'immeuble hypothéqué, et ne concerne que les créanciers entre eux; le second, droit moins essentiel, mais néanmoins constituant l'une des conditions d'efficacité de l'hypothèque, qui s'exerce sur la chose même et intéresse particulièrement les créanciers dans leurs rapports avec les tiers acquéreurs (voy. *suprà*, nos 251 et 329). Or nos articles, et ceux dont se compose notre section quatrième par laquelle se termine le chapitre spécial aux hypothèques, ont pour objet de régler les effets de la publicité par rapport au premier de ces deux droits seulement. Cela résulte d'abord de ce que les effets du *droit de suite* sont réglés par d'autres dispositions de notre titre, par celles du chapitre VI, qui est commun aux priviléges et hypothèques, et traite *De l'effet des Priviléges et Hypothèques contre les tiers détenteurs* (voy. *infrà*, le commentaire des art. 2166 et suiv.); cela résulte ensuite du texte même de nos articles, dont le premier (art. 2134), auquel se rattachent tous ceux qui le suivent dans la section, parle du rang de l'hypothèque *entre les créanciers*, ce qui naturellement limite l'objet de ces articles au *droit de préférence*, qui, en effet, comme nous venons de le dire, ne concerne que *les créanciers entre eux*. Ainsi, la loi procède ici, par rapport à l'hypothèque, comme elle a procédé par rapport au privilége, et nous avons, pour l'hypothèque spécialement, dans la section dont nous abordons maintenant le commentaire, quelque chose de correspondant et d'analogue à ce qu'est, par rapport aux priviléges sur les immeubles, la section quatrième du chapitre précédent, laquelle règle aussi la conservation de ces priviléges au point de vue du *droit de préférence* exclusivement (voy. *suprà*, nos 251 et suiv.).

Dans tout cela, d'ailleurs, la méthode de la loi est d'une régularité parfaite. Lorsque le droit de suite est exercé à l'encontre d'un tiers détenteur, il importe peu que le créancier qui agit soit privilégié ou hyothécaire; tous les créanciers, quelle que soit leur qualité, tendent à un pbut, qui est toujours le même, l'expropriation du tiers détenteur, si celui-ci n'aime mieux soit payer tous les intérêts et capitaux exigibles, soit délaisser l'immeuble grevé (art. 2166 et suiv.) : voilà pourquoi le privilége et l'hypothèque ont pu être réunis dans une disposition commune quand il s'est agi de régler les effets de la publicité au point de vue *du droit de suite*. Mais lorsque c'est *le droit de préférence* qui est exercé, il en est autrement. Le créancier privilégié trouve dans la qualité même de sa créance une cause qui la rend plus favorable; et, pourvu qu'il ait reudu ce privilége public au moment où le droit a pris naissance, ou tout au moins dans le délai fixé par la loi (art. 2108, 2109, 2110, 2111; voy. *suprà*, nos 255 et suiv., 276 et suiv., 289 et suiv., 297 et suiv.), il prend le pas sur le créancier hypothécaire, celui-ci eût-

il déjà rendu son hypothèque publique quand le privilége est né et s'est révélé; car le créancier privilégié, qui s'est mis en règle, a le bénéfice de la maxime *Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causâ,* tandis que le créancier hypothécaire a pour lui seulement la règle *Prior tempore, potior jure :* voilà pourquoi la division était nécessaire pour régler les effets de la publicité au point de vue du *droit de préférence.*

Nous insistons là-dessus, parce qu'il se produit, sur ce point, dans la doctrine, des inexactitudes de langage qui, à certains égards, altèrent le fond même des idées. Ainsi, parfois on a cherché à fixer la portée de l'art. 2134 qui parle du *rang* de l'hypothèque entre les créanciers, par l'art. 2106 qui parle de l'*effet* du privilége (1); d'autres fois, on est allé plus loin encore, et l'on a dit que, « de même que le *rang* du *privilége* s'établit par la *date* de l'inscription, de même l'art. 2134 fait dépendre la préférence des hypothèques de la priorité de l'inscription. » (2) S'il en était ainsi, on ne voit pas pourquoi le législateur n'aurait pas réuni les priviléges et les hypothèques lorsqu'il a réglé les effets de la publicité en ce qui concerne le droit de préférence, comme il les a réunis lorsqu'il a traité de ces effets par rapport au droit de suite. Mais c'est à bon droit qu'il procède autrement, et nous retrouvons encore dans les inexactitudes que nous relevons ici la trace de ces erreurs de doctrine auxquelles a donné lieu la matière de la conservation des priviléges, et que nous avons relevées dans notre commentaire des art. 2106 et suivants. Sans y revenir et y insister davantage, bornons-nous à dire que la loi est aussi exacte dans son expression qu'elle l'est dans sa division; que la publicité donne son *effet* au privilége, en ce sens qu'elle lui permet de se produire et de réclamer, à l'encontre des créanciers, le droit de préférence que lui attribue la qualité même ou la faveur de la créance à laquelle il est attaché; et que si quelquefois le privilége doit se résigner à ne prendre *rang* que du jour où il est rendu public, c'est précisément quand il cesse d'être privilége et dégénère en hypothèque, par application de l'art. 2113, faute de s'être manifesté dans les conditions de temps déterminées par la loi (voy. n[os] 307 et suiv.).

Ceci dit, nous revenons à nos articles, et, reprenant la publicité considérée comme moyen d'assurer le droit de préférence résultant de l'hypothèque, nous allons rechercher successivement quelles hypothèques doivent être rendues publiques, quel est le mode de publicité institué par la loi, et quels sont les effets de la publicité.

III. — 726. D'abord, le principe est posé à l'égard de toutes les hypothèques en général : l'art. 2134 dit, en effet, que l'hypothèque, *soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle,* n'a de rang que du jour de l'inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur. Et toutefois, quelque générale qu'elle soit dans l'expression, la règle n'est pas absolue, sous le Code civil, comme elle l'était d'après la loi du

(1) Voy. MM. Persil (art. 2134, n° 1); Martou (n° 1028).
(2) Voy. notamment M. Troplong (n° 554).

11 brumaire an 7. Cette dernière loi, en consacrant le principe de la publicité, ne faisait aucune réserve; une disposition commune à toutes les hypothèques, à celles dont la loi était la cause immédiate comme à toutes les autres, et à laquelle il n'était dérogé par aucune disposition ultérieure, exprimait nettement que les hypothèques n'existaient qu'*à la charge de l'inscription* (art. 3). Au contraire, d'après le Code civil, il y a, dans la catégorie des hypothèques légales, certaines exceptions qui, annoncées par notre article même dans sa disposition finale, se trouvent ensuite réalisées et précisées dans l'art. 2135. En ceci, les rédacteurs du Code ont préféré le système de l'édit de 1673 à celui de la loi de brumaire. Cet édit, après avoir exprimé dans son préambule *que toutes les hypothèques seraient publiques,* avait admis pourtant que celles de l'État sur les biens des fermiers comptables, des mineurs sur les biens de leur tuteur, des femmes sur les biens de leur mari, existeraient de plein droit et sans qu'il fût besoin d'aucun enregistrement pour les conserver (art. 56, 60). Sans aller aussi loin dans cette voie des exceptions, le Code s'y est pourtant engagé; et nous avons aussi aujourd'hui certaines hypothèques légales qui sont affranchies du principe de la publicité : c'est ce que nous verrons dans le commentaire des articles qui vont suivre. Mais d'autres y sont soumises : telles sont les hypothèques de l'État, des communes, des établissements publics. Et c'est précisément parce que toutes les hypothèques légales ne sont pas affranchies de la publicité, et encore parce que celles qui en sont exceptionnellement affranchies ne jouissent de cet avantage que d'une manière tout à fait relative (art. 2136 et suiv., et le commentaire), que notre art. 2134 procède régulièrement, en posant le principe en thèse générale, et comme applicable aux trois causes d'hypothèque énumérées et définies dans les art. 2116 et 2117.

IV. — 727. Ainsi, en thèse générale, les hypothèques, soit légales, soit judiciaires, soit conventionnelles, doivent être rendues publiques; et aucune n'a de rang qu'à la condition de s'être révélée, sauf, parmi les hypothèques légales, celles qui ont été l'objet d'une exception formelle. Mais comment et suivant quel mode les hypothèques se révéleront-elles?

Ici encore la législation moderne s'est visiblement inspirée des données fournies par l'édit de 1673. Dans le système de publicité telle que cet édit avait voulu l'instituer, des greffes d'enregistrement avaient été établis dans lesquels ceux qui avaient des hypothèques, en vertu de quelque titre que ce fût, contrats, sentences, jugements ou arrêts, pouvaient former et faire enregistrer leurs *oppositions* en une forme déterminée par la loi et prescrite à peine de nullité (art. 12 et suiv.). Ainsi, c'était par cette voie de l'*opposition* que les hypothèques devaient être portées à la connaissance des tiers. Les lois intermédiaires, et après elles le Code civil, ont substitué l'*inscription* à l'*opposition;* mais cette inscription, par laquelle l'opposition est aujourd'hui remplacée, a le même objet et remplit le même rôle; en sorte que c'est uniquement par cette

inscription, prise, comme le dit l'art. 2134, par le créancier sur les registres du conservateur, en la forme et de la manière prescrites par la loi, que l'existence de l'hypothèque peut être révélée aux tiers. Nous dirons, dans notre commentaire des art. 2146, 2148 et suivants, quelles sont les formalités requises pour que l'inscription soit régulière. Quant à présent, nous considérons l'inscription en elle-même et comme l'instrument de la publicité.

728. A ce point de vue, et puisqu'elle est l'instrument de la publicité, il faut dire que c'est par elle, et par elle seulement, que l'hypothèque peut se révéler utilement aujourd'hui; nul autre moyen ne saurait la suppléer, et de quelque manière que l'existence d'une hypothèque parvienne à la connaissance des tiers, cette hypothèque ne leur est pas opposable dès que l'existence n'en est pas constatée par une inscription prise sur les registres du conservateur.

Cela étant, il paraît difficile d'admettre la solution consacrée par un arrêt contre lequel pourtant un pourvoi en cassation a été vainement dirigé. Dans l'espèce, un contrat de remplacement avait été formé par acte notarié, moyennant une rente viagère constituée sur hypothèque; et le lendemain, la sœur du remplaçant reçut, suivant un autre acte notarié, pouvoir de toucher annuellement les arrérages dans l'intérêt de son frère, en faveur duquel la rente était constituée. Les deux actes avaient été passés dans l'étude d'un notaire qui avait pour principal clerc le frère du remplacé, lequel frère ayant participé, en sa qualité de principal clerc, à la rédaction des deux actes, avait eu connaissance parfaite de la constitution d'hypothèque faite au profit du remplaçant. Onze années après environ, les biens hypothéqués furent vendus, et comme aucune inscription n'avait été prise par le remplaçant, il se trouva qu'il était primé par tous les autres créanciers inscrits, et entre autres par le frère du remplacé, celui-là même qui en sa qualité de principal clerc avait concouru à la rédaction de l'acte de remplacement, et qui, ayant fait à son frère un prêt de 3 000 francs longtemps après l'époque à laquelle remontait cet acte de remplacement, avait pris sans retard inscription pour sûreté de cette somme. — Malgré le défaut d'inscription à son profit, le remplaçant se présenta à l'ordre et demande sa collocation, soutenant d'une part que la créance du frère du remplacé était simulée et frauduleuse, ce qui devait la faire écarter de l'ordre, et d'une autre part, subsidiairement, que le titulaire de cette créance, ayant connaissance de l'existence des droits du remplaçant, ne pouvait profiter de la négligence qui avait été mise par le mandataire de ce dernier à prendre inscription.

C'est dans ces circonstances que la Cour de Caen, sans s'arrêter au moyen de fraude et de simulation, et en déclarant au contraire qu'il se pourrait à la rigueur que les actes ne fussent pas simulés, décida que la participation que le frère du remplacé avait eue à l'acte de remplacement l'obligeait à ne rien faire qui pût paralyser l'effet de l'acte, et lui interdisait dès lors d'accepter pour gage des biens qu'*il savait être hy-*

pothéqués à la créance du remplaçant, et de faire avec le débiteur de cette créance d'autres actes dont le résultat devait être d'anéantir toutes les ressources qui pouvaient garantir l'exécution du premier.

Cette décision, nous l'avons dit, a été vainement déférée à la censure de la Cour suprême; cette Cour a cru devoir rejeter le pourvoi, non point, à la vérité, par des moyens de droit, mais en se fondant sur ce que l'arrêt attaqué s'était prononcé d'après un concours de faits et de circonstances dont l'appréciation souveraine appartenait aux juges du fond (1). Néanmoins, même à ce point de vue, la solution ne peut être approuvée, et il y a ici encore un cas à ajouter à ceux dans lesquels la Cour suprême a mal à propos abdiqué le pouvoir qu'elle tient de la loi.

Sans doute, si les juges du fond, s'attachant aux faits de dol et de fraude qui formaient le moyen principal produit devant eux, avaient décidé que les actes étaient dolosifs et frauduleux, et que par ce motif le droit du remplaçant ne pouvait être primé par celui du créancier qui avait commis la fraude, et qui, ayant connu l'existence de ce droit, ne devait pas être admis à exciper du défaut d'inscription, la Cour de cassation aurait bien pu ne voir là qu'une appréciation de circonstances, et, en rejetant, par ce motif, le pourvoi dirigé contre l'arrêt, laisser debout une solution qui n'aurait fait, après tout, que repousser un créancier par l'exception résultant d'un dol constaté à sa charge. Mais telle n'est pas la position que les juges du fond avaient prise. Si d'abord ils avaient semblé mettre en doute la sincérité des actes, ils avaient fini par reconnaître qu'en définitive ces actes pouvaient bien être sincères et sérieux, et, s'arrêtant alors au moyen subsidiaire, ils avaient dit que l'hypothèque consentie en faveur du remplaçant était la première en date; que cette hypothèque, quoique non inscrite, n'était pas cependant ignorée du créancier, qui voulait la faire écarter, puisque celui-ci avait participé à la rédaction du contrat de remplacement par lequel elle avait été constituée, et que, par conséquent, ce dernier était sans droit à demander sa collocation par préférence. Or il y avait là une violation flagrante de la loi, et il appartenait certainement à la Cour suprême de la réprimer.

La violation était flagrante, en effet; car rien, répétons-le, ne peut suppléer l'*inscription* considérée comme moyen de manifester aux yeux des tiers l'existence d'une hypothèque; et c'est méconnaître la pensée même de la loi, détruire son économie, et aller manifestement contre la supposition de l'art. 2134, qu'opposer à un créancier qui excipe du défaut d'inscription la connaissance qu'il aurait eue personnellement de la constitution d'hypothèque. Quand l'inscription n'a pas été prise, l'hypothèque manque de son élément essentiel, qui est la publicité; et même pour ceux qui en connaissent l'existence, elle est sans valeur, parce qu'elle est *légalement* ignorée. Il est à regretter que la Cour de Caen ait pu juger le contraire, sans que sa décision, déférée à la Cour

(1) Voy. Req., 7 déc. 1831 (S.-V., 33, 1, 315; Dall., 32, 1, 414; *J. Pal.*, à sa date).

suprême, ait été censurée. A notre sens, la Cour de Bruxelles s'est mieux inspirée des principes lorsque, dans une espèce où de deux créanciers hypothécaires l'un avait négligé d'inscrire son hypothèque, elle a refusé d'en reconnaître l'existence au préjudice de l'autre, qui s'était inscrit, bien que celui-ci eût eu connaissance pleine et entière de l'hypothèque conférée au premier par l'avis qu'il en avait reçu du débiteur commun (1). Là est la vérité juridique; et si l'on songe à tout ce que, en l'absence du signe légal établi pour manifester l'hypothèque, pourrait susciter d'embarras, de discussions, de controverses, le point si incertain de savoir si quelque circonstance particulière s'est produite ou non qui ait fait connaître l'existence de l'hypothèque, on demeure convaincu qu'il n'y a de possible aussi que la solution consacrée par la Cour de Bruxelles.

729. Ainsi l'hypothèque ne peut recevoir son efficacité *vis-à-vis des tiers* que de l'inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur, dans la forme et de la manière prescrites par la loi. Il faut conclure de là que tous les créanciers indistinctement, même les créanciers chirographaires, peuvent opposer le défaut d'inscription. Ceci pourtant semble avoir fait difficulté. On n'a jamais contesté, sans doute, aux créanciers hypothécaires le droit de repousser de l'ordre un autre créancier, hypothécaire comme eux, mais dont l'hypothèque n'aurait pas été inscrite ou aurait été inscrite irrégulièrement. Mais ce qui, à l'origine de notre nouveau régime hypothécaire, paraît avoir été contesté, c'est le droit des créanciers chirographaires à exciper du défaut ou de la nullité d'une inscription hypothécaire et à s'en prévaloir pour prétendre que le créancier dont l'hypothèque est ainsi destituée des conditions nécessaires à son efficacité est réduit, comme eux-mêmes, à n'avoir sur les biens du débiteur commun que le droit de gage général résultant des art. 2092 et 2093. On soutenait que l'hypothèque étant absolument indépendante de l'inscription quant à son existence, il devait s'en induire que le créancier hypothécaire a nécessairement, nonobstant l'absence de toute inscription, un avantage sur des créanciers simplement chirographaires; que si l'inscription peut avoir de l'utilité, c'est seulement au point de vue du droit de préférence et pour la fixation d'un rang entre les créanciers hypothécaires; mais que les chirographaires n'ayant ni préférence ni rang à réclamer en vertu de l'inscription, ils doivent céder le pas à celui qui, vis-à-vis d'eux du moins, puise son droit et son avantage dans le seul fait de l'existence d'une hypothèque à son profit.

Toutefois cette théorie a été bientôt abandonnée; et, en effet, elle ne pouvait pas se soutenir. Que l'hypothèque ne soit pas dans l'inscription, et qu'elle soit, quant à son existence, absolument indépendante de l'inscription, c'est de toute évidence, et nous allons revenir tout à l'heure là-dessus en nous occupant des effets de l'inscription. Mais il n'en est pas moins vrai que, dans le système de la loi, il n'y a d'hypothèque, *vis-*

(1) Voy. Bruxelles, 6 juin 1809. — *Junge*: M. Troplong (n° 569).

à-vis des tiers, que celles qui sont inscrites sur les registres du conservateur, sauf l'exception relative à certaines hypothèques légales. C'est donc de l'inscription, encore une fois, que l'hypothèque tire son efficacité à l'égard des tiers; et dès lors tous les tiers, quels qu'ils soient, chirographaires aussi bien que tous autres, peuvent opposer le défaut d'inscription. C'est ce que la Cour de cassation a reconnu à diverses reprises, en des termes tels que toute controverse a désormais cessé (1). D'après l'art. 2092, a-t-elle dit, quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir ses engagements sur ses biens meubles et immeubles; et, suivant l'art. 2093, les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait des causes légitimes de préférence, c'est à-dire des priviléges ou des hypothèques. Mais ces causes ne deviennent légitimes que lorsque le créancier qui veut s'en prévaloir a observé la formalité prescrite pour rendre son hypothèque ou son privilége efficace à l'égard des tiers. Or la loi ne dit nulle part que l'inobservation de cette formalité, qui est l'inscription, ou la nullité qui aurait été commise en l'accomplissant, ne doit profiter qu'aux créanciers hypothécaires du débiteur. Loin de là : cette formalité tend à la publicité, qui est la base fondamentale de notre régime hypothécaire; et comme l'objet de cette publicité est d'avertir tous ceux qui peuvent y avoir intérêt que le gage est absorbé déjà en tout ou en partie, il faut conclure que, dans le cas de non-inscription ou d'inscription nulle de la part des créanciers privilégiés ou hypothécaires, l'on rentre de droit dans la disposition des art. 2092 et 2093, et que tous les créanciers du débiteur commun, sans distinction entre les chirographaires et les hypothécaires qui ont omis la formalité prescrite, doivent venir par contribution sur le prix provenu de la vente. Telle est la règle; et nul ne la conteste plus aujourd'hui.

730. Mais ajoutons que si l'absence ou la nullité de l'inscription peut être opposée au créancier hypothécaire par tous les tiers quels qu'ils soient, elle ne saurait lui être opposée également par le débiteur de qui émane la constitution d'hypothèque. Ce n'est pas pour celui-ci ni dans son intérêt que la publicité est instituée. Dans quelques cas particuliers, nous avons admis le débiteur lui-même à exciper des nullités du contrat à l'encontre du créancier : c'est lorsque l'hypothèque étant consentie contre les prescriptions formelles ou les prohibitions expresses de la loi, la nullité affecte la convention même, l'atteint dans sa substance, et la réduit à n'être pas : l'hypothèque de la chose d'autrui nous a fourni un exemple de ces nullités essentielles dont peuvent se prévaloir, sans exception ni réserve, tous ceux auxquels la convention est opposée (voy. *suprà,* n° 630). Mais lorsque l'hypothèque est régulièrement consentie, lorsqu'elle est valable en elle-même, quand elle a une existence qui ne peut être contestée *en droit,* nous ne saurions admettre que celui qui l'a conférée puisse exciper de ce que le droit hy-

(1) Voy. Req., 19 déc. 1809; Rej., 11 juin 1817. — *Junge:* Pau, 23 juin 1816. — Voy. aussi MM. Tarrible (*Rép.*, v° Inscript. hyp., § 2); Grenier (t. I, n° 60); Persil (art. 2134, n° 1); Dalloz (p. 223, n° 2); Troplong (n° 568); Martou (n° 1028).

pothécaire, complet en lui-même, manque de la condition extrinsèque qui seule peut lui donner son efficacité vis-à-vis des tiers. Il n'appartient pas au débiteur d'exciper de l'inaccomplissement de cette condition, qui n'est pas faite pour lui, qui ne l'intéresse pas précisément ; et s'il tentait de s'en prévaloir, c'est alors qu'en toute raison on lui opposerait le principe que celui qui doit garantir ne peut évincer. La Cour de cassation est entrée pleinement dans ces idées en décidant que le propriétaire d'un immeuble qui, après l'avoir vendu, le fait hypothéquer par son acquéreur, ne peut, à raison de cette hypothèque, exercer aucun droit à l'encontre des créanciers qui avaient pris des inscriptions contre lui pendant qu'il était investi de la propriété; et spécialement, qu'il ne peut se prévaloir du non-renouvellement décennal de l'une de ces inscriptions, pour en faire résulter la priorité de sa propre hypothèque (1).

Sans insister davantage sur ces observations, qui expliquent suffisamment comment l'*inscription* est aujourd'hui l'instrument nécessaire de la publicité, et permettent de reconnaître quels sont ceux auxquels il appartient de se prévaloir du défaut d'inscription, nous passons aux effets de l'inscription régulièrement prise.

V. — 731. A cet égard, il faut se reporter encore à l'édit de 1673. L'art. 21 de cet édit disait que « les créanciers dont les oppositions auront été enregistrées seront préférés, sur les immeubles sur lesquels ils auront formé leurs oppositions, à tous autres créanciers non opposants, quoique antérieurs et privilégiés. » L'art 2134 dit également, et dans le même esprit, « qu'*entre créanciers,* l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'*a de rang que du jour de l'inscription* prise par le créancier sur les registres du conservateur... »

Ainsi, l'inscription ne fait pas l'hypothèque; elle en est absolument indépendante. L'hypothèque, comme le dit M. Grenier (2), est dans l'hypothèque même; elle *existe,* soit par la stipulation lorsqu'elle est conventionnelle, soit par la loi ou en vertu des jugements ou des actes judiciaires lorsqu'elle est légale ou judiciaire. Mais elle est comme si elle n'existait pas, au moins vis-à-vis des tiers, tant qu'elle n'a pas reçu la publicité par l'inscription (sauf, bien entendu, ce que nous avons indiqué déjà, pour y revenir amplement sous l'art. 2135, par rapport à certaines hypothèques légales). Jusque-là l'hypothèque, quelque régulière qu'elle soit dans sa constitution ou dans son existence, n'est qu'un droit inerte. L'inscription est donc une condition extrinsèque qui, tout indépendante qu'elle soit de l'hypothèque même, lui est indispensable cependant, en ce qu'elle la complète, ou lui donne la vie en lui attribuant le droit de *prendre rang* entre les créanciers, et de se produire en *réalité et en fait* ce qu'elle est *en droit,* c'est-à-dire comme une *cause légitime de préférence* (art. 2094).

On voit par là quelle est la pensée de la loi. Dès que l'inscription,

(1) Req., 24 juill. 1855 (Dall., 55, 1, 396; *J. Pal.*, 1857, p. 474).
(2) Voy. M. Grenier (t. I, nº 60). — *Junge :* M. Troplong (nº 566).

instituée pour mettre l'hypothèque en action, a pour effet de lui donner son *rang de préférence,* il s'ensuit que ce n'est ni à la qualité de la créance, ni à la date du titre, qu'il faut se référer pour classer le créancier hypothécaire inscrit. Quelque favorable que soit la créance et à quelque date qu'en remonte le titre, le créancier n'aura et ne pourra jamais avoir de rang qu'à la date de son inscription. Son titre fût-il le premier, et sa créance fût-elle la plus favorable, il viendra le dernier si son hypothèque est la dernière inscrite; et il ne pourra pas même venir en concours avec des créanciers inscrits avant lui, parce que le droit, qui reçoit son efficacité de l'inscription, est un droit de *préférence,* et non un droit de *concours,* un droit, par conséquent, qui s'exerce privativement sur le prix du gage, et ne laisse le pas aux collocations ultérieures qu'après qu'il est lui-même complétement désintéressé.

Précisons ceci par une hypothèse. Paul a un immeuble sur lequel il a conféré diverses hypothèques : l'une, en 1873, à Pierre; l'autre, en 1874, à Joseph; une troisième, en 1875, à Jacques. L'immeuble est vendu, et il se trouve que ni Pierre, ni Joseph, ni Jacques, n'ont pris inscription. On procédera comme si aucune hypothèque n'avait été constituée; car, à défaut d'inscription, les hypothèques restent à l'état de droit inerte, et les créanciers hypothécaires viendront en concours sur le prix de l'immeuble, sans exclure même les créanciers chirographaires que Paul pourrait avoir, et auxquels, comme nous l'avons dit tout à l'heure, l'hypothèque *non inscrite* ne peut pas être opposée (voy. n° 729).

Supposons maintenant qu'un seul des créanciers ait pris inscription, celui-là, fût-ce même Jacques, dont la créance est la dernière en titre, exercera seul son droit hypothécaire, parce que seul il l'a complété par l'accomplissement de la condition extrinsèque qui seule pouvait le mettre en mouvement; il sera donc payé, par préférence, du montant de sa créance en principal et accessoires, et le surplus du prix de l'immeuble, s'il en reste, appartiendra aux autres créanciers de Paul, sans distinction entre les deux créanciers hypothécaires non inscrits et les créanciers simplement chirographaires; tous ils viendront en concours, et au marc le franc, sur le surplus du prix.

Supposons, enfin, que les trois créanciers hypothécaires aient pris inscription à des dates différentes, le premier inscrit, fût-il même le dernier par le titre de sa créance, sera d'abord payé en totalité de sa créance, principal et accessoires; et si le prix n'est pas absorbé, ce qui en restera sera attribué au créancier inscrit le deuxième, qui, à son tour, sera payé en totalité sur le surplus, et laissera l'excédant, s'il y en a, pour faire face à la créance de celui qui a pris inscription le troisième.

Telles sont les règles.

732. On demande si ces règles doivent être suivies par rapport aux hypothèques générales affectant à la fois les biens présents et à venir du débiteur.

Qu'elles doivent être suivies quant aux biens présents, c'est-à-dire à ceux qui existaient au moment où l'hypothèque a pris naissance, et

qui ont dû être spécialisés dans l'inscription, ce n'est même pas une question : il n'y a aucun motif, en effet, pour que l'inscription agisse, quand elle porte sur plusieurs immeubles déterminés, autrement qu'elle n'agit quand elle porte sur un seul.

La difficulté s'élève par rapport aux biens acquis après la naissance de l'hypothèque, et qui viennent s'ajouter à ceux que le débiteur avait au moment où l'hypothèque est née et qu'elle a affectés.

Nous avons traité cette question plus haut en ce qui concerne l'hypothèque judiciaire (voy. nº 599), et nous avons démontré qu'il en est des biens à venir atteints par cette hypothèque comme des biens présents du débiteur; qu'ils sont frappés du jour même *où l'hypothèque a été inscrite;* que, sans doute, le gage du créancier inscrit ne peut s'accroître de ces biens à venir qu'au fur et à mesure des acquisitions; mais qu'à l'instant même où ils sont acquis, l'inscription s'en saisit et s'y attache rétroactivement au jour où elle a été prise, en sorte que, même par rapport à ces biens, l'inscription donne au créancier, non point un droit de *concours* avec tous ceux qui se sont inscrits aussi avant l'acquisition, mais un droit de *préférence* sur tous créanciers de l'acquéreur inscrits après lui.

Ce que nous avons dit là de l'hypothèque judiciaire, il faut le dire également de l'hypothèque légale sujette à inscription. Sous l'ancienne jurisprudence, qui attribuait le caractère de la généralité aux hypothèques attachées de plein droit à l'acte notarié, c'était la doctrine à peu près unanime. Pothier, qui a résumé l'opinion commune, s'en est expliqué en ces termes : « J'ai contracté différents engagements envers trois différents créanciers en différents temps, sous l'hypothèque de mes biens présents et à venir, et j'ai ensuite acquis un certain héritage : ces trois différents créanciers viendront-ils par concurrence d'hypothèque sur cet héritage, ou suivant l'ordre des dates de leurs contrats ? Il semblerait qu'ils devraient venir par concurrence; car ces trois différents créanciers ont acquis tous les trois les hypothèques sur cet héritage dans le même instant, savoir lors de l'acquisition qui en a été faite; n'ayant pas pu l'acquérir plus tôt, *concurrunt tempore,* et, par conséquent, ils paraissent avoir un droit égal... Nonobstant ces raisons, la jurisprudence est constante parmi nous que ces créanciers ne doivent pas concourir, mais qu'ils doivent être colloqués selon l'ordre des dates de leur contrat. La raison est que le débiteur, en contractant avec le premier créancier, sous l'hypothèque de ses biens à venir, s'est interdit le pouvoir de les hypothéquer à d'autres, au préjudice de ce premier créancier; par conséquent, quoique ces créanciers acquièrent le droit d'hypothèque dans le même instant, le premier est cependant préférable au second, et le second au troisième, parce que le débiteur n'a pu accorder d'hypothèque à ce second créancier, ni ce second créancier en acquérir que sur ce qui resterait après la créance du premier acquéreur; et il en faut dire de même du troisième à l'égard du second. » (1)

---

(1) Voy. Pothier (*De l'Hyp.*, nº 54). — *v... e* : Basnage (ch. 5); d'Héricourt (*Vent*

C'est l'avis qu'il faut suivre encore aujourd'hui : il se déduit logiquement de cette autre idée, exposée plus haut à l'occasion de l'hypothèque judiciaire (n° 598), et applicable également à l'hypothèque légale sujette à inscription, que l'inscription a pour effet d'assurer le droit hypothécaire, non-seulement sur les immeubles présents, mais encore sur les immeubles à venir, sans qu'elle ait besoin d'être renouvelée sur ces derniers immeubles à mesure qu'ils entrent dans le domaine du débiteur. Nous ne saurions donc nous rendre à l'opinion de M. Persil, qui, après avoir admis cette dernière idée dans ses *Questions,* soutient ensuite, dans son *Régime hypothécaire,* que cette inscription, qui n'a pas besoin d'être renouvelée, ne donne pourtant au créancier qui l'a prise d'autre droit, par rapport aux immeubles nouvellement acquis, que celui de venir *en concours* avec les autres créanciers inscrits comme lui, avant l'acquisition, mais à une date plus récente que celle où il s'est inscrit lui-même (1).

Ceci est évidemment contradictoire. Dès qu'on admet en principe (ce qui n'a été contesté, d'ailleurs, que par M. Tarrible, dont l'opinion, comme nous l'avons vu au n° 598, a été unanimement rejetée) qu'une seule inscription frappe virtuellement tous les immeubles du débiteur situés dans l'étendue du bureau où elle est faite, non-seulement ceux que le débiteur possède à la naissance du droit hypothécaire, mais encore ceux qu'il acquiert depuis, il faut admettre que cette inscription agit de la même manière sur les deux catégories d'immeubles, réellement quant aux immeubles présents en ce qu'ils sont frappés à l'instant même où l'inscription est prise, et fictivement quant aux immeubles à venir en ce qu'ils viennent se ranger sous l'inscription et à sa date, au fur et à mesure des acquisitions. L'erreur de la doctrine contraire est d'avoir supposé que, dans le cas de l'hypothèque générale, c'est l'acquisition qui fait l'hypothèque quant aux biens à venir : évidemment l'hypothèque a existé, même par rapport à ces biens, avant l'acquisition ; elle a existé sous cette condition, sans doute, que des acquisitions seraient faites ; mais dès que la condition s'est réalisée, elle a produit son effet rétroactif, qui, pour chaque créancier, a fixé la date de son hypothèque au jour où elle avait été vivifiée par l'inscription. Et c'est ainsi que, lorsque j'ai une hypothèque grevant à la fois les biens présents et à venir du débiteur, l'inscription que j'ai prise me procure sur le prix des biens que le débiteur pourra acquérir, non moins que sur celui de ses immeubles présents, un droit de *préférence* vis-à-vis de tous les créanciers dont l'hypothèque, fût-elle plus ancienne en date que la mienne, ne se serait produite sur les registres du conservateur qu'après mon inscription (2).

---

des imm., ch. 11, sect. 2, n° 13). — Guy Coquille était cependant d'un avis contraire, tout en reconnaissant qu'il heurtait en cela la doctrine reçue (*Cout. de Nivernais*, ch. 7, art. 10).

(1) Voy. M. Persil (*Quest.*, t. I, chap. 6, § 7; *Rég. hyp.*, art. 2121, n° 7). — *Junge :* MM. Delvincourt (t. III, p. 165, n° 6); Bugnet, sur Pothier (*loc. cit.*).

(2) Voy. MM. Grenier (t. I, n° 52); Battur (t. II, n° 370); Dalloz (p. 224, n° 15).

733. Toutefois, ce que nous disons là à l'égard de l'hypothèque légale et de l'hypothèque judiciaire, c'est-à-dire des hypothèques dont la généralité procède de la volonté de la loi, il ne faudrait pas le dire à l'égard de l'hypothèque dont la généralité procéderait de la convention. Nous voulons parler de l'hypothèque conférée dans le cas exceptionnel de l'art. 2130, lorsque le débiteur, dont les biens présents étaient insuffisants pour la sûreté de la créance, a consenti, en donnant hypothèque sur ces biens, à ce que chacun de ceux qu'il acquerrait par la suite demeurât affecté à la sûreté de la créance à mesure des acquisitions. Nous avons établi plus haut que, dans ce cas, le droit hypothécaire ne peut s'exercer sur les biens advenus au débiteur après la convention qu'au moyen d'une inscription spéciale prise sur chacun de ces biens nominativement et à mesure qu'ils arrivent dans le patrimoine du débiteur (voy. n° 685). Donc le créancier qui, dans cette hypothèse, n'aurait que l'autre inscription par lui prise sur les biens présents au moment de la convention, serait considéré, quant aux biens acquis depuis, comme s'il n'avait pas d'hypothèque. L'inscription primitive a un objet déterminé; elle vivifie le droit hypothécaire en assurant au créancier son rang sur les immeubles présents qu'elle touche spécialement; mais elle est sans effet quant aux autres biens, qui, n'existant pas encore dans le patrimoine du débiteur au moment où elle a été prise, n'ont pas pu y être spécialisés (1).

734. Dans tout ce qui précède, nous nous sommes occupé de l'effet de l'inscription entre créanciers inscrits à des dates différentes. Mais supposons que plusieurs inscriptions aient été prises à la même date, c'est-à-dire le même jour; comment se fera la collocation? Le cas est prévu par l'art. 2147, que les rédacteurs du Code ont placé dans le chapitre relatif *au mode de l'inscription des priviléges et hypothèques,* et qui trouve mieux sa place dans notre section, puisqu'il s'agit encore ici de régler *le rang que les hypothèques ont entre elles.*

Comment donc le rang est-il réglé dans le cas proposé? L'art. 2147 dit à cet égard que tous les créanciers inscrits le même jour exerceront en concurrence une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, quand même cette différence serait marquée par le conservateur. En 1851, lors des discussions dont la réforme du régime hypothécaire a été l'objet au sein de l'Assemblée législative, on avait proposé de modifier cette règle si raisonnable et si juste empruntée par les rédacteurs du Code aux usages suivis sous l'empire de la loi du 11 brumaire an 7. On avait voulu donner la préférence, même dans le cas où plusieurs créanciers se seraient présentés le même jour à la conservation des hypothèques, à celui qui le premier y aurait fait le dépôt de ses titres. Cette pensée avait été accueillie dans le projet du gouvernement, et l'Assemblée législative y avait accédé elle-même en établissant un système qui se résumait dans une série de numéros par lesquels la priorité devait être fixée dans tous

(1) *Comp.* Dijon, 7 févr. 1866 (Dall., 66, 2, 48).

les cas, et même dans celui que prévoit notre article. Mais l'examen fit reconnaître que c'eût été abandonner la question de préférence, dans ce dernier cas, à des chances nombreuses d'erreurs, et peut-être la faire dépendre de la complaisance du conservateur, ou même de celle des agents; et l'on en revint au système de notre article, système éminemment équitable et, moins qu'aucun autre, susceptible d'inconvénients. Ainsi, lorsque plusieurs inscriptions ayant été prises le même jour portent la même date, les créanciers qui ont requis ces inscriptions ont un droit égal entre eux; ils viennent en concours sur le prix qui doit leur être attribué au même rang et au prorata de leur créance (1).

735. La loi ne fait à cet égard aucune différence au profit de celles des hypothèques légales qui, bien que données par la loi, sont sujettes à inscription, et qui se trouveraient en concours avec d'autres hypothèques. M. Grenier s'est donc placé à un point de vue tout à fait arbitraire, et a été justement repris par tous les auteurs, lorsqu'il a dit que, par rapport à de telles hypothèques, il y a lieu de penser qu'elles doivent obtenir la préférence sur une hypothèque ordinaire, malgré le concours de date de l'inscription (2). Vainement M. Grenier allègue-t-il que « toutes les hypothèques légales quelconques ont toujours eu, dans le principe, une cause différente que les hypothèques ordinaires, qui leur a fait attribuer la faveur de la légalité et la généralité; que cette cause rentre dans la nature du privilége, qui doit faire accorder à ces hypothèques une préférence sur les hypothèques ordinaires, lorsqu'il ne s'agit que d'un avantage relatif à un simple concours de dates; et enfin, qu'il ne peut y avoir lieu à concurrence sur le prix que lorsque les inscriptions de la même date ont toutes pour objet des hypothèques spéciales, ou des hypothèques générales autres que les hypothèques légales, c'est-à-dire les hypothèques anciennes ou les hypothèques judiciaires. » Rien n'autorise une pareille distinction : elle est en contradiction manifeste avec l'art. 2134, qui, en disant que l'hypothèque n'a de rang qu'à la date de l'inscription, pose la règle pour l'hypothèque *légale* nominativement, comme pour les autres. Et comme l'art. 2147 n'est après tout que la suite et le complément de l'art. 2134, il faut dire que la disposition en est générale également et ne comporte pas plus de distinction que celle de l'art. 2134 (3).

736. A plus forte raison rejetons-nous une autre exception que

(1) La loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime prévoit aussi le cas réglé par l'art. 2147 dans une disposition qui, logiquement, embrasse les deux points mal à propos séparés par le Code civil. L'art. 10 dit, en effet : « S'il y a une ou plusieurs hypothèques sur la même part de propriété du navire, leur rang est déterminé par l'ordre de priorité des dates de l'inscription. — Les hypothèques inscrites le même jour viennent en concurrence nonobstant la différence des heures de l'inscription. » — Cette dernière partie de l'article a été l'objet de quelques critiques (voy. M. T. Morel, *op. cit.*, nos 92 et suiv.); ce sont celles précisément devant lesquelles s'arrêtèrent un moment les auteurs des projets de réforme de 1851. Il ne nous paraît pas qu'elles soient mieux fondées dans cette matière de l'hypothèque maritime qu'elles ne l'étaient dans celle de l'hypothèque foncière.

(2) Grenier (t. I, nº 88).

(3) MM. Tarrible (*Rép.*, vº Inscript.); Dalloz (*loc. cit.*, p. 225, nº 18); Troplong nº 664); Martou (nº 1033); Zachariæ (t. II, p. 220, note 10).

M. Grenier fait en faveur des priviléges dégénérés en hypothèques dans le cas prévu par l'art. 2113. L'auteur invoque pour toute raison ici « que l'art. 2147 ne suppose que l'exercice en concurrence d'une *hypothèque* de la même date. » Et cette raison même condamne la solution, puisque précisément, d'après la disposition très-expresse de l'art. 2113, le privilége, dans le cas prévu, cesse d'être privilége et dégénère en *hypothèque*.

736 *bis*. Mais que décider dans le cas de concours entre une transcription d'acte de vente et une inscription d'hypothèque opérées le même jour? La question est controversée. Elle paraît même juridiquement insoluble à quelques auteurs (1). L'avis qui cependant domine en doctrine et en jurisprudence, c'est que l'art. 2147 du Code civil ne saurait être applicable en ce cas. Et de fait, peut-on dire avec le Tribunal de Dié, qui a statué en ce sens sur la question, comment assimiler le concours de plusieurs inscriptions prises le même jour au concours d'une inscription et d'une transcription de la même date? Entre plusieurs hypothèques, la conciliation est facile, le prix du gage commun pouvant être réparti au marc le franc des diverses créances. Mais l'on ne conçoit pas comment il serait possible d'attribuer des effets proportionnels tout à la fois à une inscription et à une transcription (2). Dans une telle situation, qui d'ailleurs est de nature à se présenter rarement, on a admis généralement, et il faut bien admettre, que la question d'antériorité se résout par les circonstances dans lesquelles entrent pour beaucoup les mentions, sur le registre, des dépôts des titres remis au bureau de la conservation et l'ordre dans lequel sont faites ces mentions. Ainsi a décidé le jugement précité du Tribunal de Dié, qui, en déclarant sans effet l'inscription d'hypothèque prise contre le vendeur dans la journée où la transcription avait été opérée, a fait résulter l'antériorité de la transcription soit des énonciations du registre sur lequel le conservateur indique l'ordre de la remise des pièces à son bureau, soit de celles du registre des inscriptions, soit même des circonstances de la cause (3).

2135. — L'hypothèque existe, indépendamment de toute inscription,

1° Au profit des mineurs et interdits, sur les immeubles appartenant à leur tuteur, à raison de sa gestion, du jour de l'acceptation de la tutelle;

2° Au profit des femmes, pour raison de leurs dot et conventions

---

(1) Voy. notamment MM. Rivière et Huguet (*Quest. sur la transcr.*, n° 202).

(2) Trib. de Dié, 17 juin 1868 (Dall., 69, 3, 91; S.-V., 69, 2, 153; J. *Pal.*, 1869, p. 602).

(3) Voy. le jugement précité et, en outre, dans le même sens, un jugement du Tribunal d'Arras du 5 juill. 1860 (S.-V., 60, 2, 481). *Junge* : MM. Troplong (*De la transcr.*, n° 195); Mourlon (*ibid.*, n° 519); Flandin (n° 925); Verdier (n° 366). — Voy. cependant Trib. de Bagnères de Bigorre, 24 févr. 1859 (S.-V., 60, 2, 227).

matrimoniales, sur les immeubles de leur mari, et à compter du jour du mariage.

La femme n'a hypothèque pour les sommes dotales qui proviennent de successions à elle échues, ou de donations à elle faites pendant le mariage, qu'à compter de l'ouverture des successions ou du jour que les donations ont eu leur effet.

Elle n'a hypothèque pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari, et pour le remploi de ses propres aliénés, qu'à compter du jour de l'obligation ou de la vente.

Dans aucun cas, la disposition du présent article ne pourra préjudicier aux droits acquis à des tiers avant la publication du présent titre.

SOMMAIRE.

I. 737. Par exception au principe de publicité, l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit et de la femme mariée existe indépendamment de toute inscription. — 738. Critiques élevées contre cette exception. Mais elle se justefie par la situation même de ceux en faveur de qui elle est établie. — 739. D'ailleurs, les inconvénients en ont été presque entièrement détruits par les lois du 10 juillet 1850 et du 23 mars 1855.

II. 740. L'exception ne peut nuire aux droits acquis avant la publication du titre *Des Priviléges et Hypothèques*. — 741. Utilité de cette réserve. — 742. Donc, si l'état d'incapacité du mineur ou de la femme a cessé avant la loi nouvelle, sans qu'ils aient pris l'inscription prescrite par la loi de brumaire, ils sont déchus de leur hypothèque légale. — 743. Au contraire, si l'incapacité durait encore au moment de la publication de notre titre, cette publication leur a tenu lieu d'inscription. — 744. Mais, dans ce dernier cas, l'hypothèque légale n'a d'effet qu'à partir de la publication. — 745. Renvoi à l'égard de quelques autres questions transitoires.

III. 746. L'exception, empruntée à l'édit de 1673, consiste en ce que l'hypothèque, au lieu d'avoir son rang à la date de l'inscription, qui n'est pas essentielle, prend date à une époque fixée par le législateur lui-même.

IV. 747. Pour l'hypothèque des mineurs et des interdits, la date en est fixée au jour où commence la responsabilité du tuteur; — 748. C'est-à-dire, en général, au jour où le tuteur apprend que la tutelle lui est déférée : exemples; — 749. Quelles que soient les créances du pupille et à quelque moment qu'elles soient nées.

V. 750. Quant à l'hypothèque légale de la femme, la date en est variable. — 751. Mais elle est fixée, dans tous les cas, par un principe commun, à savoir, que l'administration du mari peut seule faire le fondement de l'hypothèque.

VI. 752. Pour la dot et les conventions matrimoniales, l'hypothèque remonte au jour du mariage, quand même la dot n'aurait été payée que postérieurement, — 753. Soit qu'il y ait, soit qu'il n'y ait pas contrat de mariage.

VII. 754. Quant aux sommes dotales provenant de successions ou de donations, l'hypothèque ne prend rang que du jour de l'ouverture des successions ou de celui où les donations ont eu leur effet. — 755. Si le mariage a eu lieu sous l'ancienne législation, même quand les donations ou successions seraient échues à la femme depuis le Code, on appliquerait la loi du mariage, et l'hypothèque remonterait au jour de la célébration. — 756. Pour les sommes provenant de successions, la date de l'hypothèque est toujours celle de l'ouverture. — 757. Pour les sommes provenant de donations, c'est le jour de l'acceptation si la donation est pure et simple, et le jour de l'événement de la condition si elle est faite sous condition suspensive.

VIII. 758. Quant aux indemnités pour dettes contractées par la femme avec son mari et pour le remploi des propres aliénés, la date de l'hypothèque est, pour les premières, le jour de l'obligation, et, pour les secondes, le jour de la vente. — 759. Si la femme s'est mariée sous l'ancienne jurisprudence, l'hypothèque à raison de ces indemnités remonte au jour du mariage, même quand les causes qui y donnent lieu seraient postérieures au Code. — 760. Les époux ne pourraient, par contrat de mariage, stipuler que l'hypothèque

pour l'indemnité des dettes existerait à une autre date, par exemple à celle du mariage. — 761. Si l'obligation résulte d'un acte sous seings privés, l'hypothèque n'aura d'effet que du jour où cet acte aura acquis date certaine. — 762. Suite : examen de quelques espèces. — 763. Si la femme a contracté plusieurs dettes avec son mari, l'hypothèque ne garantit chaque dette qu'à partir de sa date. — 764. Dans ce cas, l'hypothèque ne s'étend pas aux biens aliénés par le mari avant la date de l'obligation, — 765. Et la femme ne peut les atteindre, même quand, par suite de subrogations par elle consenties dans son hypothèque pour sa dot, les autres biens se trouveraient absorbés. — 766. Dans le cas d'indemnité pour remploi des propres aliénés, les mêmes observations sont applicables. — 767. En général, la règle ne s'applique qu'au cas de mariage sous le régime de la communauté. Critique d'un arrêt qui l'applique au prix de la vente des biens dotaux. — 768. Il est sans difficulté que si le mari a, sous le régime dotal, vendu seul des biens dotaux que, d'après contrat de mariage, il ne pouvait vendre qu'avec le concours de sa femme, l'hypothèque légale remontera au jour du mariage. — 769. Il en serait de même si la vente avait eu lieu avec le consentement et le concours de la femme. — 770. Si, au contraire, l'aliénation du bien dotal a eu lieu par le mari, contrairement aux prévisions du contrat de mariage, la femme n'aura d'hypothèque que du jour de la vente, sauf l'action révocatoire qu'elle peut exercer.

IX. 771. Pour toutes les autres créances de la femme non spécifiées dans l'art. 2135, la date de l'hypothèque est celle de la créance. — 772. S'il s'agit de sommes paraphernales touchées par le mari, l'hypothèque aura lieu du jour de la recette s'il a agi sans mandat de la femme, et du jour du mandat s'il avait en effet reçu mandat soit par le contrat de mariage, soit depuis; sauf, dans cette dernière hypothèse, le cas où les sommes ainsi touchées proviendraient de successions ou de donations : on suivrait ici la règle du § 2 de l'art. 2135. — 773. S'agit-il de l'indemnité des dettes contractées par la femme paraphernale avec son mari et pour le compte de ce dernier, ou du prix de ses biens aliénés, l'hypothèque a lieu du jour de l'obligation ou de celui de la vente. — 774 S'agit-il de dommages que la femme aurait à répéter contre son mari, l'hypothèque date du jour du préjudice. — 775. Quant aux créances dotales autres que celles énumérées par l'art. 2135, l'hypothèque remonte à la date du mariage. — 776. On a, à tort, soutenu le contraire dans une espèce où il s'agissait de la dissipation d'effets mobiliers que la femme s'était constitués en dot, et dont elle s'était réservé la propriété. — 777. Dans le cas où la dot comprend une action en rescision, l'hypothèque a lieu non du jour où l'action serait exercée, mais à la date du mariage, jour où le droit de la femme a été confié à la vigilance du mari.

X. 778. Subrogation a l'hypothèque légale. Transition. Avant la loi du 23 mars 1855, le créancier subrogé à l'hypothèque légale pouvait-il profiter de la dispense d'inscription? — 779. Solution affirmative de la jurisprudence. Mais depuis cette loi, les subrogations doivent avoir lieu par acte authentique, et n'ont d'effet à l'égard des tiers que par l'inscription ou la mention en marge de l'inscription préexistante. Les dates des inscriptions ou mentions déterminent l'ordre entre les cessionnaires. — 780. Si l'hypothèque légale a été inscrite, le subrogé n'aura qu'à requérir une mention en marge de l'inscription; sinon il prendra inscription dans la mesure de sa créance : il est inutile de cumuler les deux formalités.

XI. 781. Du cas où le créancier a, en même temps, une hypothèque conventionnelle consentie par le mari et une cession par la femme de son hypothèque légale. La pratique avait introduit l'usage d'inscrire la première, et de faire, en marge, mention de la seconde. — 782. Cet usage concordait avec la forme employée pour la publicité des subrogations dans les hypothèques conventionnelles qui ont lieu au moyen de la simple mention de la subrogation en marge de l'inscription de l'hypothèque cédée. — 783 Depuis, on a prétendu que cette dernière forme est insuffisante, et que le créancier subrogé dans l'hypothèque légale doit faire inscrire cette dernière dans la forme sacramentelle. Mais la jurisprudence avait consacré l'usage d'une simple mention. — 784. Néanmoins la Cour de cassation a décidé, en dernier lieu, que ces mentions ne peuvent suppléer l'inscription de l'hypothèque légale. — 785. Conséquence fâcheuse de cette jurisprudence au point de vue des intérêts privés. — 786. Elle est fondée non pas, comme on l'a supposé, sur la fausse idée que la loi proscrirait les inscriptions collectives, — 787. Mais sur ce que la mention de subrogation ne serait pas l'équivalent de l'inscription. Critique de cette appréciation. — 788. Suite. — 789. Conclusion : en

définitive, la simple mention de la subrogation est suffisante; — 790. Même depuis la loi du 23 mars 1855. — 791. Appel à un retour de la jurisprudence vers le mode suivi par la pratique. — 792. Incertitudes qui résultent de cette jurisprudence touchant le mode à suivre pour l'inscription et sa forme. Renvoi.

XII. 793. Transition à l'objet de la loi de 1855. Elle a voulu obvier aux dangers résultant de ce que les créanciers subrogés n'étaient pas tenus de publier leurs subrogations. — 794. Mais sa disposition ne regarde pas les tiers acquéreurs en faveur de qui la femme renonce à son hypothèque. Renvoi. — 795. Elle ne s'applique qu'aux cessions *translatives*, quelle que soit la forme de la subrogation, même quand la cession a pour objet la créance elle-même. — 796 Elle doit être suivie même après la dissolution du mariage.

XIII. 797. Son effet consiste en ce que chaque créancier subrogé exerce son droit hypothécaire non plus à la date de la subrogation, mais à la date de l'inscription ou de la mention. — 798. Entre le subrogé et la femme, la subrogation n'a pas besoin de publicité pour produire son effet. Et quant à la femme elle-même, son hypothèque légale continue à subsister sans inscription. — 799. L'inscription faite par un créancier subrogé ne profite pas aux autres. — 800. En général, elle ne profite pas non plus à la femme, à moins que le créancier n'ait agi au nom de celle-ci. — 801. En conséquence, le conservateur, en rayant l'inscription sur la demande du créancier subrogé, ne peut réserver l'effet de l'inscription en faveur de la femme : controverse.

XIV. 802. Le caractère de généralité et la dispense d'inscription de l'hypothèque en faveur des femmes mariées et des mineurs subsistent-ils encore lorsque a cessé l'incapacité ? — 803. Quant à la généralité, elle survit incontestablement au mariage et à la minorité. — 804. Quant à la dispense d'inscription, la loi de 1855 a fait cesser la controverse qui existait avant elle. — 805. État de la question d'après la jurisprudence antérieure à la publication de la loi de 1855. — 806. Aujourd'hui, d'après cette loi, l'hypothèque légale doit être inscrite dans l'année qui suit la cessation de l'incapacité.

XV. 807. Cas dans lesquels cette loi modifie les dispositions de l'art. 2135 et limite la faveur accordée aux incapables par cet article. — 808. Quant à la femme, la dispense d'inscription ne cesse qu'à la dissolution du mariage, et non par la séparation de biens. — 809. Si la dissolution du mariage a lieu par le décès de la femme, ses héritiers devront requérir l'inscription dans le même délai. *Quid* s'ils sont mineurs et sous la tutelle du mari ? Controverse. — 810. Les cessionnaires de la femme seraient aussi, dans ce cas, astreints à prendre inscription. Dans quel délai, sous quelle sanction ? — 811. L'obligation d'inscrire pèse sur l'interdit ou ses héritiers à partir du jour où l'interdiction a cessé. — 812. Quant au mineur, il y a lieu de distinguer : — 813. Si la tutelle prend fin par la majorité du pupille, nul doute qu'il soit tenu d'inscrire dans le délai de la loi; — 814. Si la tutelle cesse avant la majorité du pupille, par l'émancipation de celui-ci ou la mort du tuteur, la dispense d'inscription continue à protéger le mineur; — 815. Si la tutelle cesse par la mort du pupille, ses héritiers majeurs ou mineurs sont tenus à inscrire.

XVI. 816. Suite : même quand le mariage aurait été dissous ou la majorité acquise avant la loi de 1855, l'inscription est devenue nécessaire dans l'année à partir du jour où la loi a été exécutoire. — 817. La même obligation pèse-t-elle sur les cessionnaires de la femme dont le droit serait antérieur à la publication de la loi ? — 818. Solution affirmative : la condition des cessionnaires ne saurait être meilleure que celle de la femme elle-même. — 819. Les cessionnaires, dans ce cas, sont tenus non-seulement de prendre l'inscription, mais de faire la mention prescrite par l'art. 9 de la loi. — 820. Il suffit, d'ailleurs, que le cessionnaire, dont le droit est antérieur à la loi, fasse inscrire l'hypothèque de la femme, sans faire inscrire la subrogation. — 821. L'art. 9 de la loi est inapplicable aux cessions et subrogations antérieures au 1er janvier 1856; mais ces actes n'en sont pas moins subordonnés, pour l'avenir, à l'inscription de l'hypothèque de la femme, aux termes de l'art. 8.

XVII. 822. Dans quelle mesure la loi limite-t-elle la faveur accordée aux hypothèques légales ? — 823. La loi a dû donner un délai pour faire l'inscription. — 824. Ce délai est d'une année à partir du jour où cesse l'incapacité, si ce jour est postérieur au 1er janvier 1856, ou à partir de cette dernière date, si la cessation d'incapacité est antérieure. — 825. La faculté de faire inscrire dure jusqu'à l'expiration du délai. — 826. Et pendant tout ce délai, le droit hypothécaire subsiste sans inscription. — 827. Donc l'hypothèque conserve

son rang à quelque époque qu'elle soit inscrite pendant ce délai. — 828. Et pendant ce même délai, l'acquéreur de l'immeuble grevé ne peut l'affranchir qu'en suivant les formes tracées par le chapitre IX pour la purge des hypothèques légales. — 829. De plus, l'hypothèque légale s'étendra aux immeubles acquis par le débiteur pendant ce délai, et primera les inscriptions prises même depuis la cessation de la tutelle ou du mariage.

XVIII. 830. Sanction. Quelle est la situation du créancier après l'expiration du délai? — 831. S'il a fait inscrire dans le délai, son droit est fixé. Dans ce cas, le tiers acquéreur ne pourrait plus purger que dans les formes du chapitre VIII. — 832. S'il n'a point fait inscrire, l'hypothèque a perdu tous ses avantages. — 833. Dans le cas où le tiers acquéreur de l'immeuble grevé commence la purge pendant le délai accordé pour inscrire l'hypothèque légale, le créancier profite des délais de la purge. Mais si l'année s'écoule sans inscription, et que le tiers transcrive son contrat, le créancier perd son droit de suite. — 834. L'inscription, après le délai d'une année, ne produit plus que les effets de l'inscription d'une hypothèque ordinaire. — 835. Cependant elle conserve encore son caractère de généralité, en ce qu'elle frappe même les biens acquis par le débiteur depuis l'inscription. — 836. L'hypothèque légale non inscrite dans le délai voulu conserve cependant ses effets à l'égard du mari, du tuteur, ou de leurs héritiers, et même à l'égard des tiers qui n'auraient pas de droits réels sur les immeubles.

XIX. 837. Du cas où l'hypothèque, ayant été cédée en tout ou en partie, peut se trouver divisée entre plusieurs ayants droit.

I. — 737. En instituant le principe de la publicité pour toutes les hypothèques, en établissant l'*inscription* sur les registres du conservateur comme l'instrument nécessaire de cette publicité, et en formulant, à titre de sanction, que l'hypothèque a rang entre les créanciers seulement du jour de l'*inscription,* l'article précédent annonçait certaines exceptions. Ce sont ces exceptions que notre article mentionne et consacre : elles touchent à l'hypothèque légale, et concernent spécialement celle des mineurs et des interdits et celle des femmes mariées; l'hypothèque qu'ils ont de plein droit, les uns sur les immeubles du tuteur, l'autre sur les immeubles du mari, existe à leur profit *indépendamment de toute inscription :* ce sont les expressions mêmes de notre article.

Ainsi, en principe, les hypothèques, soit légales, soit judiciaires, soit conventionnelles, doivent être rendues publiques suivant le mode et en la forme indiqués par la loi, sans quoi elles sont, entre les mains du créancier, un droit absolument inerte; mais, par exception, deux hypothèques, parmi les hypothèques légales, celle des mineurs et des interdits et celle des femmes mariées, peuvent n'être pas publiques et n'en jouir pas moins de leurs prérogatives, et n'en avoir pas moins toute leur efficacité.

738. C'est en ceci surtout que la théorie de la loi a été vivement critiquée. On s'est attaqué parfois, nous l'avons vu plus haut, au principe même de l'hypothèque légale; on a dit que, dans un régime hypothécaire bien entendu, il ne devrait y avoir d'autre hypothèque reconnue et admise que celle qui procède de la convention, celle-là étant la seule hypothèque *vraie*. Mais cette doctrine, que nous avons appréciée déjà, et sur laquelle nous n'avons plus à revenir (voy. *suprà,* n° 423), a peu d'adeptes, et c'est particulièrement contre notre article, par lequel les droits hypothécaires des mineurs, des interdits et des femmes mariées échappent à la règle commune de la publicité, que cette doctrine a di-

rigé sa critique. Faire de la publicité la base et le pivot du régime hypothécaire, et, d'un autre côté, admettre en même temps que des charges réelles peuvent exister et grever la propriété sans s'être révélées, c'est, a-t-on dit, associer les idées les plus contradictoires, si ce n'est consacrer un mensonge législatif; c'est, dans tous les cas, compromettre et sacrifier le crédit foncier, qui, ne pouvant s'établir que sur une notoriété complète, que sur une connaissance exacte et parfaite de l'état de la propriété, est détruit, par la force même des choses, dès qu'il est admis que les hypothèques des femmes, des interdits et des mineurs peuvent n'être pas publiées. Car la moitié de la propriété foncière est aux mains de maris ou de tuteurs; et comme rien n'indique d'une manière certaine et précise si tel ou tel immeuble rentre ou ne rentre pas dans cette moitié, il est vrai de dire que les hypothèques occultes frappent en réalité le sol entier d'une sorte d'interdit, soit qu'elles l'affectent en fait, soit qu'elles fassent naître le soupçon qu'il en peut être affecté. L'unique moyen qu'il y ait de rétablir dans son énergie nécessaire la sûreté que promet l'hypothèque, c'est la publicité absolue, la publicité telle qu'elle avait été fondée par la loi de brumaire an 7, parce que seule elle peut faire qu'en traitant avec les possesseurs d'immeubles, on sache quels en sont les propriétaires véritables, ou plutôt en quoi consiste la propriété qu'ils détiennent, si elle est libre, ou dans quelle mesure elle est grevée.

Telles sont, en résumé, les critiques que l'on a dirigées contre notre article; ce sont aussi celles qui se sont produites en Belgique, et sous l'influence desquelles la loi du 16 décembre 1851 a placé l'hypothèque des mineurs et des femmes mariées sous le niveau commun de la spécialité et de la publicité, cherchant la protection de ces incapables dans des combinaisons laborieuses dont le rouage est tellement compliqué que ses complications mêmes semblent le condamner par avance à l'immobilité (1).

Nous avons été plus heureux, et, nous le croyons, l'expérience que la Belgique fait en ce moment dira, si elle ne l'a dit déjà, que nous avons été plus sages aussi, en nous défendant contre de telles idées et en maintenant résolûment la pensée de notre article dans toutes les circonstances où la réforme du régime hypothécaire a été mise en question chez nous. En 1841, lors de l'enquête administrative ouverte par le garde des sceaux, ce furent vingt tribunaux qui, la Cour de cassation en tête, luttèrent contre cinq pour le système que le Code civil a consacré, en exprimant que proclamer l'hypothèque légale et la soumettre à l'inscription, ce serait à la fois donner et reprendre, et que retirer à la femme, au mineur, à l'interdit, un secours créé par la sagesse des siècles pour protéger leur faiblesse ou leur insuffisance, ce serait manquer de grandeur, d'équité et de moralité (2). Plus récemment, et lors des discussions qui se sont produites de 1849 à 1851, ce fut le conseil d'État

(1) Voy. les art. 49 à 73 de la loi belge du 16 décembre 1851 (M. Delebecque, *Comment. législ.*, p. 207 et suiv.).
(2) *Doc. hyp.* (t. II, p. 131 et suiv.).

qui, le premier, revint au principe du Code, dont il s'était momentanément éloigné sur les pas de la commission instituée par le gouvernement, et qui ramena l'Assemblée législative elle-même en la détachant du principe de la publicité absolue, vers lequel cette Assemblée s'était d'abord laissé entraîner (1).

On ne saurait trop applaudir à de telles résolutions. Après tout, la question est une question de justice civile, ainsi que le disait le Premier Consul aux séances des 7 et 19 pluviôse an 12 : « La justice civile s'oppose à ce qu'on reporte sur le mineur et sur la femme les suites d'une négligence qu'il n'est pas en leur pouvoir d'empêcher. Pour eux, l'inscription des hypothèques légales ne doit être qu'une simple formalité, et non une condition nécessaire pour en assurer l'effet ; et s'il était impossible d'organiser un système qui mît tous les intérêts d'accord, il faudrait faire céder la sûreté d'un majeur qui prête ou qui acquiert, à celle de la femme et du mineur que leur état rend incapables de se protéger eux-mêmes. » Or la question placée sur ce terrain, on aperçoit aisément que les mêmes raisons qui ont fait créer de plein droit une hypothèque en faveur de la femme, du mineur, de l'interdit, devaient faire donner à cette hypothèque son existence assurée, son efficacité, indépendamment de toute formalité extérieure. Celui dont la loi prend en quelque sorte la tutelle, et pour lequel elle stipule une sûreté que son état d'incapacité ou de subordination ne lui permet pas de stipuler par lui-même, n'a pas non plus la capacité ou l'indépendance nécessaires pour prendre les mesures à l'accomplissement desquelles la conservation de cette sûreté peut être subordonnée ; il faut donc que la loi lui subvienne encore et qu'elle accomplisse pour lui ou qu'elle suppose accomplies ces mesures qui, dans le droit commun, conservent l'hypothèque et lui donnent son efficacité. La loi, sans cela, manquerait de prévoyance et d'équité. L'institution de la société, disait en ce sens la Cour de cassation dans ses Observations sur les projets de réforme de 1841, a pour but de venir en aide aux faibles, et d'assurer à chacun la conservation de ce qui lui appartient ; ce qu'on appelle un système de demi-publicité est un régime de publicité suffisante, s'il prévient la dilapidation de la fortune des femmes, des mineurs, des interdits ; s'il protége les intérêts placés sous la tutelle publique, sans autre inconvénient que de retarder ou peut-être de prévenir la conclusion de quelques transactions, ou d'occasionner quelque dommage à ceux qui, dans le plein exercice de tous leurs droits, auraient négligé d'agir avec une sage circonspection. En dernière analyse, si l'hypothèque des femmes, des mineurs et des interdits se conserve sans inscription, c'est qu'ils sont dans l'impuissance d'agir, et qu'ils ne peuvent souffrir d'une omission qui n'est point de leur fait ; et assurément l'intérêt de ces incapables, et notamment celui de la femme, qui est en même temps celui des enfants, celui du patrimoine de la famille, celui de l'État, est préfé-

(1) Voy. le projet admis dans la seconde délibération, art. 2127 et suiv., et le projet préparé pour la troisième, art. 2135 et suiv.

rable à l'intérêt des tiers, qui agissent librement et volontairement quand ils prêtent ou achètent. On peut donc faire fléchir devant ce puissant intérêt le principe d'une publicité entière, système absolu dont l'expérience d'ailleurs a été faite, dont l'exécution, sous l'empire de la loi de l'an 7, a soulevé la France entière, et qui a succombé sous le nombre des abus et le poids des réclamations (1).

739. Cependant nous n'irons pas jusqu'à dire que le système consacré par la disposition exceptionnelle de notre article ait été absolument sans danger et qu'il n'ait présenté jamais d'inconvénient. Il faut reconnaître, au contraire, qu'il avait reçu dans l'application des extensions vraiment exorbitantes. Ainsi la faveur de la loi, qui évidemment a sa cause dans l'état même des personnes par elle appelées à en jouir, a été considérée à certains égards comme s'attachant à l'origine de la créance, d'où il est résulté qu'au lieu de voir dans l'exception une faveur *temporaire* et toute *personnelle,* on y voyait un avantage *perpétuel* en ce qu'il survivait indéfiniment à la dissolution du mariage ou à la cessation de la tutelle, et même *transmissible* en quelques cas, spécialument de la femme mariée aux créanciers par elle subrogés dans son hypothèque légale. Ainsi encore, à ces extensions de la pratique se joignait une lacune regrettable dans la législation en ce qu'elle laissait toute facilité de dissimuler l'existence des contrats de mariage. Mais ces inconvénients et ce danger, qu'un jurisconsulte éminent, M. d'Hautuille, avait signalés dans son étude approfondie de notre régime hypothécaire, et dans lesquels il avait trouvé les seules objections à élever contre la non-publicité de l'hypothèque des mineurs, des interdits et des femmes, ces inconvénients mêmes et ce danger ont cessé d'exister aujourd'hui. D'une part, la loi du 10 juillet 1850, en ajoutant quelques dispositions spéciales aux art. 75, 76, 1391 et 1394 du Code civil, a mis les tiers, ainsi qu'elle le déclare dans son intitulé, en mesure d'apprendre, par l'acte de célébration du mariage, si les époux ont ou n'ont pas de contrat destiné à régir leur association quant aux biens, et, par suite, de se préserver contre la fausse déclaration des femmes qui allèguent s'être mariées sans contrat, tandis qu'elles en auraient un d'où résulterait pour elles l'incapacité d'aliéner (2). D'une autre part, la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, en exigeant, par son art. 8, l'inscription des hypothèques légales dans un certain délai après la cessation des causes qui ont motivé l'exception, et, par son art. 9, l'inscription des subrogations dans tous les cas et immédiatement, a fait de l'exception consacrée par notre article ce qu'elle doit être réellement, une exception tout à fait personnelle et essentiellement temporaire (voy. *infrà,* n°s 778 et suiv., le commentaire de ces dispositions nouvelles). Après de telles réformes, qui donnent aux critiques dont notre

(1) Voy. les Observations de la Cour de cassation (*Doc. hyp. de 1844*, t. II, p. 132, 133).

(2) Voy., pour le commentaire de cette loi, Marcadé (t. V, art. 1390 et suiv., n° 6), et notre *Traité du Contrat de mariage* en collaboration avec M. Rodière (2e édit., t. I, n°s 136 et suiv.).

article a été l'objet toute la satisfaction qu'il était raisonnable de leur accorder, il est permis de dire, avec le savant si profondément regrettable que nous nommions tout à l'heure, que désormais, « de toutes les entraves que la non-publicité des hypothèques des mineurs et des femmes peut opposer au crédit foncier, il ne restera plus que le danger, pour le prêteur, de placer ses fonds sur un homme qui, étant engagé dans les liens du mariage, ou chargé d'une tutelle, serait parvenu à lui dissimuler son état de mari ou de tuteur. Or le mariage et la tutelle, au moins pendant qu'ils durent encore, sont assez publics pour qu'une pareille dissimulation ne puisse que très-difficilement réussir, et pour que celui qui en sera la victime doive nécessairement avoir quelque négligence à se reprocher. L'hypothèque occulte des mineurs et des femmes, ainsi restreinte dans de justes bornes, ne pourra donc pas entraver sérieusement le crédit foncier. Le risque d'être primé par une hypothèque légale dont on ignorait l'existence sera tellement minime que les prêteurs ne s'y arrêteront pas; et s'il est encore rigoureusement possible que ce risque se réalise d'une manière fâcheuse pour quelques-uns, ce seront là de ces accidents rares qui ne ralentissent pas le cours des affaires, et qui n'entrent pas dans les prévisions du législateur. » (1)

Le système de la loi ainsi justifié, nous passons au commentaire.

II. — 740. Il est un point auquel nous nous attacherons tout d'abord, bien qu'il vienne le dernier dans l'ordre des dispositions contenues dans notre article : nous voulons parler du paragraphe par lequel le législateur, après avoir fixé le rang des hypothèques légales qu'il a en vue ici, exprime qu'en aucun cas la disposition de notre article ne pourra préjudicier aux droits acquis à des tiers avant la publication du titre *Des Priviléges et Hypothèques*. Voyons, avant de préciser l'exception consacrée par notre article et d'en suivre les applications diverses, quelle est la portée de la règle écrite dans sa disposition finale, et dont il est aisé d'ailleurs, après les observations qui précèdent, de pressentir la cause et l'objet.

741. La loi hypothécaire du 11 brumaire an 7, nous avons eu déjà plusieurs fois l'occasion de le dire, avait fait de la publicité un principe absolu, une règle applicable invariablement à toutes les hypothèques; aucune d'elles n'existait qu'*à la charge de l'inscription :* c'était la disposition formelle de l'art. 3. Et quant à celles des femmes mariées et à toutes autres hypothèques légales, l'art. 4 ne laissait pas douter que si elles frappaient tous les biens du débiteur situés dans l'arrondissement du bureau où se faisait l'inscription, elles ne les frappaient du moins qu'*au moment même de cette inscription*. Le Code civil, dont la loi hypothécaire venait se substituer à celle de l'an 7 et lui succédait immédiatement, créait donc un état de choses nouveau absolument différent lorsque, faisant fléchir le principe de la publicité en faveur des hypothèques légales des mineurs, des interdits, des femmes mariées, il proclamait l'existence de ces hypothèques indépendamment de toute

(1) Voy. M. d'Hautuille (*Rév. du rég. hyp.*, p. 171 et suiv.).

nscription. Il était impossible que le passage subit d'un système à un utre système différent et même contraire, ou que le conflit des deux égislations opposées ne fît pas naître des difficultés d'application nom-reuses et considérables. De là la disposition finale de notre article, lont l'objet a été de couper court à ces difficultés en n'accordant aux nineurs, aux interdits, aux femmes mariées, le bénéfice de la législa-ion nouvelle, c'est-à-dire le droit à une hypothèque indépendante de oute inscription, que sous la réserve des droits acquis aux tiers avant 'avénement de cette législation nouvelle.

Du reste, les difficultés que l'on devait prévoir se sont produites en ffet et ont suivi de près la publication du Code. Nous n'avons pas à y nsister longuement aujourd'hui; elles ont fait naître des questions ransitoires dont, par cela même, l'intérêt va s'effaçant de plus en plus haque jour. On les a vues pourtant se reproduire à des époques assez écentes, et il n'est pas impossible absolument de les retrouver encore le loin en loin : c'est pourquoi nous chercherons à préciser, dans quel-ues hypothèses, quelle a été la pensée du législateur.

742. Par exemple, un mariage a eu lieu, ou bien une tutelle s'est uverte sous l'empire de loi du 11 brumaire an 7, et, soit la femme, oit le mineur, tenus, d'après cette loi, à donner la publicité à leur droit ypothécaire, ont négligé de prendre inscription par eux-même ou par eurs représentants; puis le mariage a été dissous par la mort de l'un des poux, ou la tutelle a pris fin par la majorité du pupille : et c'est en et état qu'est survenue la publication du titre *Des Priviléges et Hypo-hèques* contenu dans le Code civil. Supposons maintenant que les biens lu mari ou ceux du tuteur soient vendus et que le prix en soit mis en listribution, la femme, maintenant veuve, ou ses héritiers si c'est elle ui a prédécédé, le pupille devenu majeur, viendront-ils exercer un lroit de préférence sur le prix, sous prétexte que le Code civil, leur enant lieu de l'inscription qu'ils auraient dû prendre d'après la loi sous 'empire de laquelle était né leur droit hypothécaire, ils ont, au moins partir de la promulgation de ce Code, une hypothèque légale qui leur lonne le pas sur les créanciers chirographaires du mari ou du tuteur, t même sur les créanciers hypothécaires inscrits ultérieurement? Non, ar le fait légal donnant naissance au droit hypothécaire, c'est-à-dire e mariage ou la tutelle, avait cessé d'exister à la date de la publica-ion du Code; il existait à ce moment, non point une *femme mariée* u un *mineur,* mais une *veuve,* des *héritiers,* un *majeur :* or ceux-ci e sauraient avoir le bénéfice d'une exception ou d'une dispense que la oi introduit nommément en faveur des mineurs et des femmes ma-iées, et qui n'a plus de cause à l'instant même où, soit la dissolution lu mariage, soit la cessation de la tutelle, laisse à la femme ou aux éritiers toute leur indépendance ou donne toute son aptitude au mi-eur. Désormais il y a *droit acquis* aux tiers vis-à-vis desquels les réanciers à hypothèque légale ont perdu le droit de préférence qui, l'après la loi sous l'empire de laquelle ils ont été placés, n'aurait pu

leur être assuré qu'au moyen de l'inscription : la loi nouvelle respecte ce droit acquis, elle ne permet pas qu'il soit effacé (1).

743. Mais supposons qu'aucune inscription n'ait été prise en faveur de la femme mariée sous l'empire de la loi de brumaire ou du mineur dont la tutelle s'est ouverte sous l'empire de la même loi, et que le mariage ou la tutelle subsistaient encore au moment où le Code civil a été publié : dans ce cas, au contraire, la publication du Code a valu inscription pour la femme ou pour le mineur. Vainement dirait-on que leur hypothèque est régie par la loi de brumaire sous l'empire de laquelle elle a pris naissance, et qu'à défaut d'inscription elle n'est plus qu'un droit inerte, aux termes de cette loi, dont le principe essentiel et fondamental était de subordonner l'efficacité de toutes hypothèques, sans exception ni réserve, à l'inscription. Ceci reviendrait à dire que la règle nouvelle introduite par le Code ne profiterait qu'aux tutelles ou aux mariages formés après sa promulgation. Or c'est manifestement contraire au texte même de notre article, et spécialement de la disposition finale qui nous occupe en ce moment. Évidemment le législateur qui, en faisant fléchir le principe de la publicité en faveur des mineurs, des interdits, des femmes mariées, prend le soin de réserver les *droits acquis* à des tiers avant la publication de la loi qu'il édicte, indique par cela même que sa protection ne se borne pas à couvrir ceux qui à l'avenir entreront dans la condition d'où doit naître l'hypothèque légale, mais qu'elle s'étend aussi à ceux qu'il trouve placés déjà dans cette condition. Que signifierait sans cela la réserve des *droits acquis à des tiers?* Et où aurait été la nécessité de réserver ces droits contre d'autres droits purement éventuels et dont la cause même n'aurait pas pris naissance? La pensée de la loi ne saurait donc être méconnue : elle fait pour ceux qu'elle trouve dans la condition d'où est née l'hypothèque légale, et dont l'hypothèque n'a pas été inscrite quand elle aurait dû l'être, ce qu'elle fait pour ceux qui viendront ultérieurement se placer dans cette même condition : elle donne à l'hypothèque son efficacité comme si elle était inscrite, et elle fait cela parce que l'état d'incapacité ou de subordination étant le même dans les deux cas, la protection qu'elle accorde a sa cause dans l'un aussi bien que dans l'autre (2).

744. Toutefois, il y a ceci qu'il faut bien préciser : pour les mineurs et les femmes mariées, que le Code a trouvés en état de tutelle et de mariage au moment où il a été publié, le droit hypothécaire, s'ils ne l'ont pas révélé au public comme ils étaient tenus de le faire aux termes de la loi de brumaire, ne s'exerce pas d'une manière aussi complète que pour ceux dont le mariage serait contracté ou dont la tutelle s'ouvrirait

(1) Voy. Cass., 7 avr. 1813, 9 nov. 1813, 5 déc. 1814, 20 mai 1817; Grenoble, 28 janv. 1818, 2 juin 1831, 30 juin 1838; Bastia, 3 avr. 1837. — Voy. aussi Grenier (t. I, n° 238); Dalloz (*Rép.*, v° Hyp., p. 124, n° 4); Duranton (t. XIX, n° 293); Tessier (t. II, n° 138, lettre B); Troplong (n° 631 *bis*).

(2) Rej., 8 nov. 1809; Req., 1er févr. 1816, 27 juill. 1824; Cass., 13 nov. 1820; Bruxelles, 24 déc. 1806; Caen, 4 mai 1814 et 25 nov. 1824; Rouen, 27 juin 1822; Douai, 1er nov. 1826.

après la publication du Code civil. Pour ceux-ci, dont l'hypothèque a été toujours affranchie de la publicité par la disposition exceptionnelle de notre article, cette hypothèque existe avec toute son efficacité à l'instant même où la créance à laquelle elle accède a pris naissance. Pour les autres, dont l'hypothèque, au contraire, a été soumise originairement au principe de la publicité, cette hypothèque n'est devenue efficace qu'au moment de la publication du Code, qui leur tient lieu de l'inscription qu'ils auraient dû prendre ou que l'on aurait dû prendre pour eux à l'origine et qui n'avait pas été prise; en sorte que si leur droit hypothécaire existe avec toute son efficacité à ce moment de la publication du Code, et peut être opposé à tous tiers qui n'auraient traité que depuis avec le tuteur ou avec le mari, il n'existe du moins qu'à partir de ce moment, et n'est pas opposable à ceux qui auraient acquis auparavant, contre le tuteur ou contre le mari, des droits qu'ils auraient eu le soin de conserver. C'est la conséquence de la disposition finale de notre article.

Et maintenant, pour en matérialiser en quelque sorte la pensée, nous ferons une hypothèse. Paul a accepté la tutelle de Joseph le 3 frimaire an 7 (23 novembre 1798); il n'a pas été pris d'inscription au profit du pupille. Puis, celui-ci étant devenu majeur, le tuteur est exproprié, et le prix de ses biens est mis en distribution. Vient à l'ordre ouvert sur ce prix Pierre, lequel, étant créancier depuis longtemps de Paul, a pris une inscription sur les biens de celui-ci à la date du 2 nivôse an 14 (23 décembre 1805). Cette inscription donnera-t-elle le pas à l'hypothèque de Pierre sur celle que la loi attribue à Joseph, à raison de sa créance sur son tuteur? Non, car dans l'intervalle entre la naissance de l'hypothèque de Joseph et la date de l'inscription prise par Pierre est survenue, à la date du 8 germinal an 12 (29 mars 1804), la publication du titre *Des Priviléges et Hypothèques* du Code civil. Or cette publication a valu à Joseph inscription de son hypothèque, qui désormais est vivifiée à cette date du 29 mars 1804, indépendamment de toute inscription; et comme Pierre n'avait pas de *droit acquis* à cette date, puisqu'il ne s'est inscrit que plus d'un an après, l'hypothèque de Joseph lui est opposable; et, dans les termes de la disposition finale de notre article, Joseph doit prendre le pas sur lui.

Mais supposons, en modifiant notre hypothèse, que Pierre, dont la créance sur Paul avait pris naissance à une époque rapprochée de celle de l'ouverture de la tutelle acceptée par celui-ci, n'ait pas mis autant de retard à rendre son hypothèque publique, et que son inscription ait été prise à la date du 12 messidor an 8 (1er juillet 1800): la thèse change. Il ne servira de rien à Joseph, au moins vis-à-vis de Pierre, que la publication du titre *Des Priviléges et Hypothèques* du Code civil soit venue lui tenir lieu de l'inscription qui aurait dû être prise à son profit, aux termes de la loi de brumaire, sous l'empire de laquelle s'est ouverte la tutelle d'où procède sa créance sur celui qui fut son tuteur; car si la publication du Code lui tient lieu de cette inscription, c'est seulement à la date même où cette publication a été faite et pour l'avenir; mais

elle n'agit pas rétroactivement et ne couvre pas le passé. Donc, cette inscription de l'hypothèque légale, cette inscription faite ou supposée par la loi elle-même à la date de sa publication, c'est-à-dire au 29 mars 1804, n'est pas opposable à l'hypothèque inscrite par Pierre plus de trois ans auparavant (1er juillet 1800); il y avait là un *droit acquis* auquel la loi nouvelle ne veut pas porter atteinte, et, dans cette situation, c'est à l'hypothèque légale de Joseph à s'incliner devant l'hypothèque conventionnelle de Pierre (1).

745. D'autres questions transitoires sont nées encore du conflit des deux législations : notamment on s'est demandé quelle doit être la date de l'hypothèque légale attribuée à la femme à raison des successions à elle échues pendant le mariage, ou pour l'indemnité des dettes et le remploi des propres aliénés, lorsqu'elle s'est mariée avant la publication du Code et sous l'empire d'une coutume qui donnait à l'hypothèque de la femme, pour ces causes, une date différente de celle qu'elle a reçue du Code civil. Mais ces questions viendront plus à propos quand nous connaîtrons les dispositions du Code lui-même sur ce point ; nous en réservons donc l'examen, pour y revenir quand nous exposerons les distinctions que ce Code a cru devoir établir en fixant la date de l'hypothèque légale de la femme (voy. *infrà*, nos 755 et 759) ; et, sans insister davantage sur des questions transitoires dont l'intérêt, encore une fois, faiblit et s'efface de jour en jour, nous allons rechercher en quoi consiste l'exception consacrée par notre article, et voir ensuite dans quelle mesure cette exception profite à ceux en faveur desquels elle est établie.

III. — 746. Pour caractériser nettement l'exception et en préciser l'objet, il faut se reporter aux textes antérieurs dans lesquels elle a son origine. Ces textes, nous le savons déjà, ce ne sont pas ceux de la loi de brumaire an 7, ce sont plutôt ceux de l'édit de 1673. Il est vrai qu'en l'an 6, lorsqu'on préludait aux discussions qui se résumèrent dans le vote de la loi de brumaire, les défenseurs de cette loi s'annonçaient hautement comme les restaurateurs de l'œuvre de Colbert, et présentaient leur projet comme une inspiration de la pensée de ce grand ministre. Toutefois, ils n'adoptaient pas cette pensée et ne la prenaient pas pour guide sur tous les points ; et celui qui nous occupe fut l'un de ceux sur lesquels ils s'en écartèrent absolument. « Les créances hypothécaires de tous genres, de toutes personnes, disait Crassous dans son Rapport, doivent être soumises à l'inscription. Les droits de la nation, ceux des mineurs, des épouses, des absents, doivent y être assujettis. Le règlement de la publicité doit être absolu et général, ou il est inutile. Que l'on mette une exception, la certitude du gage est détruite, le principe moral de la publicité ne donne plus de résultat. Dispenser les femmes et les mineurs de l'inscription, ce serait violer la maxime

(1) Voy. Paris, 19 août 1808; Colmar, 31 août 1811; Req., 16 juill. 1817; Paris, 25 févr. 1831. — Voy. aussi MM. Grenier (*loc. cit.*); Troplong (n° 628); Tarrible (*Rép. inscript. hyp.*, § 3, n° 12); Chabot (*Quest. transit.*, t. II, p. 61 et suiv.).

constitutionnelle qui veut que la loi soit la même pour tous. » (1) Et ce fut par ces motifs d'une logique outrée que la loi de l'an 7 se sépara de l'édit de 1673, en faisant de la publicité un principe rigoureux, absolu, gouvernant toutes les hypothèques, au lieu de la laisser ce qu'en avait voulu faire Colbert, un principe général sans doute, mais susceptible d'être restreint dans l'application, et notamment comportant une exception en faveur de ceux qui, comme les mineurs et les femmes mariées, sont privés de la faculté ou de la liberté de prendre les mesures constitutives de la publicité.

C'est ce dernier système que les rédacteurs du Code ont reproduit, en l'améliorant toutefois. Ainsi, d'une part, l'édit de 1673, posant la publicité en principe, avait indiqué l'*opposition* et l'*enregistrement* comme instruments de la publicité, et avait admis que par cette opposition se réglerait le droit de préférence entre les créanciers (art. 21), laissant toutefois un délai de quatre mois pendant lequel les oppositions pourraient être enregistrées, auquel cas elles rétroagiraient au jour même des contrats et jugements (art. 23, 24, 25); et les rédacteurs du Code ont aussi consacré le principe en créant l'inscription comme instrument de la publicité : seulement, ils l'ont corrigé, en ce que, écartant ce délai de quatre mois pendant lequel toute opposition enregistrée avait un effet rétroactif au jour du contrat ou du jugement, ils ont voulu, comme nous l'avons vu dans notre commentaire de l'article 2134, que le rang des hypothèques entre elles se réglât invariablement sur la date des inscriptions. Mais, d'une autre part, l'édit de 1673, prenant en main l'intérêt des créanciers, tels que l'État, les mineurs, les femmes mariées, qui, par leur position, ne peuvent ou ne sauraient pas agir par eux-mêmes et veiller à la conservation de leurs droits, fait exception au principe en faveur de ces créanciers, auxquels il accorde le bénéfice de l'hypothèque avec ses prérogatives et son rang, sans qu'il soit besoin ni d'opposition ni d'enregistrement (art. 56, 60); et les rédacteurs du Code, admettant aussi l'exception en faveur de ces créanciers, sinon de tous, au moins des mineurs (et interdits) et des femmes mariées, veulent également que leur hypothèque existe indépendamment de toute inscription, et que, quoique non inscrite, cette hypothèque ait son rang devant lequel s'inclineront les tiers, même ceux qui auraient un droit réel sur les immeubles du débiteur, mais dont le droit n'aurait pris naissance ou n'aurait été assuré par l'inscription qu'après celui des créanciers, en faveur desquels l'exception est admise.

C'est ainsi et dans cette mesure que notre loi actuelle se rattache à l'édit de 1673; et l'on entrevoit maintenant ce qu'est l'exception dont nous avons à nous occuper, en quoi elle consiste et quel en est l'objet précis. La loi complète son œuvre : comme c'est l'inscription, en thèse générale, qui donne son rang à l'hypothèque (art. 2134), l'exception consiste à suppléer cet effet ordinaire de l'inscription, et, par consé-

(1) *Moniteur* du 26 thermidor an 6 (n° 326).

quent, à assigner son rang et sa date à une hypothèque que ne révèle aucune manifestation extérieure propre à en déterminer le classement. C'est là ce que fait la loi par notre article. Et comment le fait-elle? C'est ce que nous allons dire en nous occupant successivement des deux hypothèques qui ont le bénéfice de l'exception.

IV. — 747. En ce qui concerne l'hypothèque légale des mineurs et des interdits, le numéro premier de notre article en fixe le rang et la date au jour de l'*acceptation de la tutelle.* L'art. 2194, l'un des ceux qui règlent le mode de purger les hypothèques quand il n'existe pas d'inscription sur les biens des maris et des tuteurs, indique, d'un autre côté, le *jour de l'entrée en gestion du tuteur* comme celui qui fixe la date de l'hypothèque. Mais les expressions des deux articles, quoique différentes, rendent la même idée, et signifient que l'hypothèque du mineur ou de l'interdit a sa date au jour même où commence la responsabilité du tuteur.

Ainsi, nous n'admettons pas qu'il y ait, comme le disent quelques auteurs (1), anomalie et contradiction entre notre article et l'art. 2194. L'*entrée en gestion* s'entend nécessairement, dans la pensée de ce dernier article, non pas, comme le prétendent les auteurs auxquels nous faisons allusion, du jour de la gestion de fait, ou, en d'autres termes, du jour où le tuteur fait son premier acte de gestion, mais du jour où l'obligation de gérer prend naissance. Il est donc vrai de dire qu'*accepter la tutelle,* c'est *entrer en gestion.* Ainsi, loin d'être contradictoires, nos deux articles se concilient à merveille et se combinent fort bien entre eux. Nous le répétons, ils reviennent à dire que l'hypothèque prend date à l'instant même où commence la resposabilité du tuteur. Et de fait, l'hypothèque ayant sa cause précisément dans la responsabilité imposée par la loi elle-même au protecteur qu'elle donne à l'incapable, avec mission de le représenter et de le suppléer dans tous les actes civils (voy. *suprà,* n° 490), on ne comprendrait pas qu'elle pût se produire à un autre moment que celui où se produit l'événement juridique, qui en est le principe.

748. Cela étant, il n'y a plus qu'à fixer le moment où commence la responsabilité du tuteur. On peut dire, en thèse générale, que cette responsabilité commence, et par conséquent que l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit a sa date du jour où le tuteur apprend que la tutelle lui est déférée, et cela quand même il aurait des excuses à proposer, parce que, malgré cette circonstance, il est tenu d'administrer provisoirement en attendant qu'il puisse présenter ces excuses et parvenir à les faire accueillir (C. civ., art. 440).

D'après cela, s'agit-il d'un tuteur nommé par le conseil de famille, l'hypothèque du mineur prendra sa date au jour de la délibération du conseil, si le tuteur y est présent, et s'il est absent, au jour où sa nomination lui est légalement notifiée (C. civ., art. 418; C. proc., article 882).

---

(1) Voy. MM. Taulier (t. VII, p. 293); Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 480).

S'agit-il d'un tuteur légal, l'hypothèque aura sa date du jour même du décès qui donne ouverture à la tutelle, puisque, dans ce cas, le tuteur est saisi de la tutelle de plein droit.

S'agit-il, enfin, d'un tuteur choisi par le père ou par la mère, l'hypothèque légale prendra naissance au jour de l'ouverture du testament, si le tuteur est présent, et, dans le cas où il serait absent, au jour où notification légale lui aura été faite du choix dont il a été l'objet de la part du père ou de la mère.

749. Nous avons précisé plus haut quelles sont les créances du mineur ou de l'interdit garanties par son hypothèque légale sur les biens du tuteur (voy. *suprà,* nos 501 et 502), et nous n'avons pas à y revenir ici; mais il faut noter que la date de l'hypothèque est toujours la même, celle de l'acceptation de la tutelle, quelles que soient les créances du pupille contre son tuteur et à quelque époque que ces créances soient nées. Par exemple, une tutelle s'est ouverte et a été acceptée le 1er janvier 1870; puis, en 1875, une succession est échue au pupille; mais, dans l'intervalle et le 1er janvier 1872, le tuteur a conféré, sur ses biens, une hypothèque à un de ses créanciers personnels : l'hypothèque du mineur, à raison de la succession qui lui est échue en 1875 seulement, prendra le pas sur celle du créancier personnel du tuteur, bien que celui-ci ait pris son inscription trois ans avant l'ouverture de la succession échue au pupille. Le tuteur, il est vrai, n'a eu l'administration des biens et valeurs dépendants de cette succession que longtemps après l'ouverture de la tutelle et quand déjà il avait engagé ses propres biens à la sûreté de l'une de ses dettes. Mais peu importe : le pupille n'a pas contre son tuteur des créances particulières : il est créancier du résultat d'un compte d'administration commençant et finissant avec la tutelle, par conséquent indivisible comme la tutelle elle-même; et, par une conséquence ultérieure, la date de l'hypothèque doit correspondre, non à l'époque des recettes, mais au jour où a pris naissance pour le tuteur l'obligation de rendre compte des sommes qu'il recevra pendant sa gestion, c'est-à-dire au jour où la tutelle a commencé. Donc, n'y eût-il qu'un seul article et une seule créance à la recette, l'hypothèque rétroagirait pour cet article unique au commencement de la tutelle, et, dans l'espèce, au 1er janvier 1870. C'est donc à cette date que doit être colloquée hypothécairement la créance du mineur.

V. — 750. En ce qui concerne l'hypothèque légale de la femme, nous avons signalé déjà quelle a été la marche de la loi sur le point qui nous occupe. Nous avons indiqué, en faisant connaître les droits nombreux et les créances variées auxquels cette hypothèque est attachée, que, dans la pensée première des rédacteurs du Code, cette hypothèque aussi devait remonter, à raison de tous ces droits et créances, à une même époque, qui était invariablement fixée à la date du mariage; mais que cette pensée avait été ensuite abandonnée, et que le point de départ de l'hypothèque avait été placé à des dates différentes, et déterminées eu égard à la cause des créances (voy. *suprà,* nos 434 et suiv.). Il faut

insister maintenant là-dessus, et mettre en lumière les motifs de ce changement : aussi bien nous allons reconnaître que les distinctions de la loi n'ont rien d'arbitraire, qu'elles procèdent toutes d'un principe commun ; et, dans ce principe même, nous trouverons la raison de décider bien des questions auxquelles a donné lieu cette seconde partie de notre article.

751. Le point de départ de l'hypothèque légale de la femme fut d'abord ce dont on se préoccupa le moins dans les discussions remarquables et approfondies du conseil d'État sur cette partie de la loi ; on peut dire même que l'attention du Conseil ne fut pas appelée sur ce point. Les seules observations que souleva celui des articles du projet (art. 44) qui correspondait à notre article portèrent sur les avantages et l'opportunité qu'il pouvait y avoir à donner à l'hypothèque légale une définition plus explicite que celle de l'art. 26 du projet (1) ; et l'article sortit alors de cette délibération en ces termes : « L'hypothèque existe, indépendamment de toute inscription, 1° au profit des mineurs et interdits...; 2° au profit des femmes, *pour raison de leurs dot, reprises et conventions matrimoniales,* sur les immeubles de leur mari, *et à compter du jour du mariage.* » Le projet ne disait rien de plus en ce qui concerne l'hypothèque légale de la femme. Ainsi, sans distinction aucune, cette hypothèque devait remonter, à raison de toutes les répétitions, quelle qu'en fût la nature ou la cause, à une seule et même date, qui était celle du jour du mariage.

Mais lorsque le Tribunat examina plus tard le projet sur la communication officieuse qui lui en avait été faite le 13 ventôse an 12 (4 mars 1804), il fut d'avis « qu'il y aurait un grand inconvénient à laisser subsister d'une manière aussi indéfinie l'hypothèque légale des femmes sur les biens des maris. » Et, reprenant une à une les diverses causes d'où peuvent naître les créances des femmes sur leurs maris, le Tribunat précisa, dans ses Observations, la date qu'il convenait de donner à l'hypothèque de chacune de ces créances, pour concilier équitablement la sûreté de la femme et le crédit du mari. « Les sommes dotales, dit-il, ne doivent avoir d'hypothèque légale, lorsqu'elles proviennent de successions, que du jour de l'ouverture de ces successions. *Car c'est seulement alors qu'il y a, de la part du mari, une administration qui seule peut faire le fondement de l'hypothèque.* — Ce qu'on vient de dire pour les successions s'applique également aux donations. — D'un autre côté, si la femme s'oblige conjointement avec son mari, ou si, de son consentement, elle aliène ses immeubles, elle ne doit avoir hypothèque sur les biens du mari, pour son indemnité dans ces deux cas, qu'à compter de l'obligation ou de la vente. Il n'est pas juste qu'il y ait une hypothèque *avant l'existence de l'acte qui forme l'origine de la créance;* et il est odieux que la femme, en s'obligeant ou en vendant postérieurement, puisse primer des créanciers ou des acqué-

(1) Voy. MM. Locré (t. XVI, p. 257); Fenet (t. XV, p. 363 et suiv.).

reurs qui ont contracté auparavant avec le mari. C'était là une source de fraudes qu'il est enfin temps de faire disparaître. » (1)

Par ces considérations, le Tribunat proposait de substituer au texte de l'art. 44 du projet une rédaction dont on retrouve la reproduction à peu près littérale dans notre article. Ainsi, les rédacteurs du Code ont pleinement adopté la pensée même du Tribunat; et cette pensée est on ne peut mieux précisée dans les Observations ci-dessus rappelées. Il en résulte que si l'hypothèque remonte à des dates différentes eu égard à la nature diverse des droits ou des reprises de la femme, ces dates, du moins, ont été fixées d'après un principe commun résumé par le Tribunat dans cette formule : *Que l'administration du mari peut seule faire le fondement de l'hypothèque.* Les solutions de la loi ne sont, nous l'allons voir maintenant, que des applications du principe.

VI. — 752. Notre article parle en première ligne de l'hypothèque de la femme pour raison *de sa dot et de ses conventions matrimoniales.* Nous savons déjà quels sont, quant à leur nature et à leur étendue, les droits et créances compris sous ces qualifications (voy. *suprà,* nos 435 à 439). Il s'agit donc uniquement ici de préciser la date de l'hypothèque attribuée à la femme pour ces causes. Or, c'est par le mariage même que le mari est constitué mandataire en ce qui concerne la dot et les conventions matrimoniales; c'est par le mariage même que s'ouvre, à cet égard, cette administration du mari, *seul fondement de l'hypothèque,* selon l'expression du Tribunat : l'hypothèque légale de la femme, pour raison de sa dot et de ses conventions matrimoniales, remontera donc *au jour du mariage;* et c'est, en effet, ce qui est formellement exprimé au § 1er, n° 2, de notre article.

D'ailleurs, il en sera ainsi quand même la dot ne serait payée ou ne deviendrait exigible qu'après la célébration du mariage. On a quelquefois prétendu le contraire. Devant les tribunaux, où il arrive parfois que les principes les plus certains sont contestés, on a tenté de poser en règle absolue cette idée, que l'hypothèque légale de la femme ne peut exister jamais que pour une créance déjà née; et, sous ce prétexte, un mari, demandant la réduction de l'hypothèque légale de sa femme, a imaginé de prétendre qu'ayant reçu seulement une partie de la dot, et que le surplus étant encore exigible, l'hypothèque n'existait que jusqu'à concurrence de ce qu'il avait reçu et devait être restreinte aux immeubles suffisants pour assurer le remboursement des sommes par lui touchées. La Cour de Bordeaux a répondu avec justesse à cette prétention : « C'est aller contre tous les principes reçus en cette matière que de prétendre que l'hypothèque légale n'affecte actuellement les biens du mari que jusqu'à concurrence de la partie de la dot qu'il a touchée; elle les affecte pour le tout (art. 2135), avec cette seule différence que l'effet en est définitif quant à la partie reçue de la dot, tandis que pour la partie non exigible il n'est encore qu'*éventuel* et

(1) Voy. MM. Locré (*ibid.*, p. 317); Fenet (*ibid.*, p. 414).

subordonné à la condition *si le mari la reçoit;* mais l'hypothèque n'en subsiste pas moins pour cette partie comme pour la première et doit, la condition accomplie, remonter pour le tout au jour du mariage. » (1)

753. Tout serait dit sur cette première cause de l'hypothèque légale de la femme si, encore ici, comme pour l'hypothèque du mineur dont nous nous occupions tout à l'heure (voy. n° 747), nous ne trouvions, dans les art. 2194 et 2195, une sorte de point de départ indiqué en des termes différents de ceux de notre article. En effet, ces articles, en traitant de la purge des hypothèques légales, attribuent aux inscriptions prises dans les délais par eux fixés la même portée que si elles avaient été faites *au jour du contrat de mariage.* Or, ces dernières expressions sont prises ordinairement comme signifiant l'*acte notarié* constatant les conventions matrimoniales ; et quelques auteurs, pour concilier entre eux des textes qui leur ont paru se contredire, ont supposé que le législateur a voulu distinguer le cas où les époux ont fait rédiger par acte les conditions civiles de leur mariage du cas où ils se seraient mariés sans contrat, et que, dans la pensée de la loi, si l'hypothèque ne remonte qu'*au jour du mariage* dans ce dernier cas, elle date de l'*acte notarié* dans l'autre (2).

Hâtons-nous de dire que rien n'est plus arbitraire qu'une pareille supposition. La distinction proposée s'était fait jour, il est vrai, sous l'ancienne jurisprudence, où des auteurs très-accrédités enseignaient qu'en principe l'hypothèque de la femme remontait *au jour du contrat de mariage,* que c'est à défaut de contrat qu'elle datait seulement *du jour de la célébration* (3). Mais ce n'était là qu'une suite et une application spéciale du principe général d'après lequel l'hypothèque s'attachait de plein droit aux actes notariés. Comme le contrat de mariage était passé ordinairement par-devant notaire, l'hypothèque de la femme prenait date au jour d'un acte auquel sa forme même attachait la sûreté de l'hypothèque : c'était l'unique motif de la solution, et cela est si vrai que, dans les cas exceptionnels où les conventions matrimoniales étaient constatées par acte sous seing privé (ce qui était admis en quelques provinces), l'hypothèque datait non point de cet acte, mais seulement du jour de l'aveu authentique qui en était fait ultérieurement (4).

On voit par là que l'ancienne jurisprudence ne saurait plus être invoquée à titre de précédent : la distinction qui s'y était introduite n'a plus sa raison d'être, et ce n'est assurément ni dans la différence existant entre les termes de notre article et ceux des art. 2194 et 2195, ni dans le besoin de concilier ces textes divers, qu'on trouverait des mo-

---

(1) Voy. Bordeaux, 10 août 1853 (*J. Pal.*, 1856, t. I, p. 499 ; S.-V., 54, 2, 98; Dall., 54, 2, 26).

(2) Voy. MM. Tarrible (*Rép.*, v° Inscr., § 3, n° 8); Troplong (n°s 759 et suiv.); Benoît (t. II, n° 47); Wolowski (*Rev. de législ.*, t. I, p. 278); Delaporte (*Pand.*, t. XV, p. 275).

(3) Voy. Domat (*Lois civ.*, liv. 3, tit. 1, sect. 1, n° 3); Basnage (chap. 12, p. 185); Lebrun (*Succ.*, liv. 2, chap. 5, sect. 1, n° 26).

(4) Serres (*Inst.*, p. 569).

tifs suffisants pour la rétablir. D'abord, il n'est pas démontré que ces textes soient contradictoires en réalité, comme ils le sont en apparence; ni que, par les mots *contrat de mariage,* dans les art. 2194 et 2195, le législateur ait eu en vue l'*acte notarié* plutôt que le *fait de la célébration,* auquel, à la fin du siècle précédent, les jurisconsultes, et Pothier lui-même, donnaient le nom de *Contrat de mariage.* S'il en était autrement, les prévisions de ces art. 2194 et 2195 seraient incomplètes, car il s'ensuivrait qu'ils ne décriraient l'effet de l'inscription prise sur l'acquéreur que pour les femmes munies d'un contrat de mariage notarié, et non pour les femmes mariées sans contrat. Mais ensuite, l'opposition entre les textes existât-elle réellement, elle ne justifierait pas la distinction que nous combattons : car les art. 2194 et 2195 ont un objet spécial et déterminé; ils règlent particulièrement le cas où la femme, mise en demeure de s'inscrire, prend inscription en vue de la purge d'immeubles appartenant à son mari et aliénés par lui. Ce serait donc les détourner de leur objet que de les prendre pour règle générale sur la question de savoir quel est le point de départ d'une hypothèque exceptionnellement affranchie de l'inscription, qui, en principe, donne leur rang et leur date aux hypothèques. Cette règle, c'est dans notre art. 2135 précisément qu'elle est posée; c'est donc là et non ailleurs qu'il faut la prendre. Or, il dit que l'hypothèque de la femme, pour raison de sa dot et de ses conventions matrimoniales, existe *à compter du jour du mariage;* et cela absolument, sans distinction aucune entre le cas où le mariage a été précédé d'un contrat et celui où il a eu lieu sans contrat; dès lors l'hypothèque légale de la femme pour cette cause aura, au même titre dans les deux situations, sa date et son rang *au jour du mariage.* C'est l'opinion émise dans notre *Traité du Contrat de mariage* en collaboration avec M. Rodière (1). Nous ne pouvons qu'y persister, d'autant plus qu'elle rentre pleinement dans les données précises de notre article. Même quand un contrat constate les conditions civiles du mariage, l'association conjugale ne commence que par le mariage et au jour de sa célébration. Donc, faire remonter l'hypothèque légale de la femme, pour raison de sa dot et de ses conventions matrimoniales, à la date du contrat qui précède nécessairement la célébration, qui peut même la précéder à un assez long intervalle, ce serait placer l'effet avant la cause, et, contrairement au principe de notre article, créer, au grand péril des tiers, la sûreté hypothécaire avant le moment où doit s'ouvrir l'administration maritale, qui en est l'unique fondement.

VII. — 754. Après la dot et les conventions matrimoniales, notre article parle des sommes dotales qui proviennent à la femme de suc-

---

(1) Voy. notre *Traité du Contrat de mariage* (t. II, n° 674; 2e édit., t. III, n° 1965). — *Junge,* dans le même sens : MM. Persil (art. 2135, § 2, n° 2); Dalloz (p. 133, n° 2); Grenier (n° 475); Duranton (t. XX, n° 20); Zachariæ (t. II, p. 128 et note 125); Tessier (t. II, n° 134, note 1093); Benech (*Du Remploi,* n° 111); Audier (*Rev. prat.,* t. XVI, p. 191); Aubry et Rau (t. II, p. 695, note 58; 4e édit., t. III, p. 239, note 64); Adolphe Potel (*De l'Hyp. lég.,* p. 217 et suiv.). — Voy. aussi Nîmes, 26 févr. 1834 (Dall., 34, 2, 101; *J. Pal.,* à sa date).

cessions à elle échues ou de donations à elle faites pendant le mariage. Les sommes dont il s'agit ici rentrent bien dans la dot, et à ce titre elles sembleraient devoir être garanties par une hypothèque légale remontant au jour du mariage. Mais, en fait, la femme acquiert ces sommes au cours du mariage seulement, et, par conséquent, la responsabilité du mari, qui doit gérer et administrer pour elle, ne peut commencer avant qu'elle ait acquis : notre article indique donc que l'hypothèque légale, garantie de la gestion maritale, n'existera ou ne prendra rang que du jour où le mari sera devenu responsable, c'est-à-dire, pour les sommes provenant de successions, du jour *de l'ouverture des successions,* et pour les sommes provenant de donations, du jour où ces donations *auront eu leur effet.*

755. En ceci, le Code s'est écarté des principes de l'ancienne jurisprudence, d'après laquelle l'hypothèque de la femme pour donations à elle faites ou pour successions à elle échues durant le mariage remontait au jour même du mariage. Nous connaissons les motifs de cette innovation (voy. n° 751); et, sans rechercher autrement s'il n'eût pas été mieux, comme le prétendent quelques auteurs (1), de se rattacher au passé sur ce point, et de faire pour l'hypothèque de la femme ce qui a été fait pour l'hypothèque légale du mineur (voy. n° 749), nous examinons tout d'abord l'une des questions transitoires que nous avons réservées au n° 745.

La question est de savoir si la règle de notre article serait applicable dans le cas de successions échues ou de donations faites, sous le Code civil, à une femme mariée antérieurement et sous l'empire des principes anciens. Nous n'hésitons pas à nous prononcer pour la négative. Nous ne dirons pas, avec M. Grenier (2), qui pourtant résout la question dans le même sens, que c'est parce que l'hypothèque se rattache, dans ce cas, à un fait éventuel et tout à fait indépendant de la volonté de la femme; car nous allons voir tout à l'heure que ce motif a conduit l'auteur, sur une autre question transitoire, à une solution complétement inadmissible (voy. *infrà,* n° 759) : la raison de décider est dans les principes d'ordre public qui consacrent la non-rétroactivité des lois. Or, dans le cas proposé, la femme, en se mariant, avait droit, en vertu de son contrat de mariage, à une hypothèque remontant, pour les causes dont il s'agit, au jour du mariage. Ce droit n'a donc pas pu, quoiqu'il fût *éventuel,* recevoir une atteinte quelconque des dispositions d'une loi ultérieure.

Sans insister davantage sur cette question, que nous allons retrouver en nous occupant de l'hypothèque pour indemnité de dettes et remploi de propres aliénés, à l'occasion de laquelle elle s'est produite plus particulièrement, nous concluons, quant à présent, que notre article doit s'entendre seulement *des mariages à venir,* dans la disposition par laquelle il fixe la date de l'hypothèque légale de la femme pour les sommes

(1) Voy. MM. Dalloz (p. 133, n° 5); Zachariæ (t. II, p. 129, note 26).
(2) Voy. M. Grenier (t. I, n° 242).

dotales provenant de successions à elle échues ou de donations à elle faites pendant le mariage (1).

756. Et maintenant, revenons aux termes de cet article. Quelle est, dans sa pensée, la date précise de l'hypothèque pour les causes dont il s'agit?

Quant à l'hypothèque pour les sommes dotales provenant de successions échues pendant le mariage, la date en est fixée sans équivoque : l'hypothèque existe, dit la loi, à compter de l'*ouverture* de la succession. Ainsi, il n'y aura pas à tenir compte des époques où les sommes dotales provenant de ce chef auront été reçues par le mari ; ce n'est pas la perception réelle qui fixe la date de l'hypothèque, c'est l'ouverture du droit en faveur de la femme. Sans doute il peut se faire que le partage avec ses opérations préliminaires ou d'autres causes retardent le moment où les sommes provenant de la succession seront perçues ; mais il n'importe : la loi considère que l'obligation du mari, comme administrateur, commence au moment où s'ouvre le droit de la femme, et, conséquente à son principe, elle place à ce moment même le point de départ de l'hypothèque qui garantit ce droit (2).

757. Mais en ce qui concerne l'hypothèque pour les sommes dotales provenant des donations faites à la femme pendant le mariage, la date en est fixée en des termes dont le sens n'est pas aussi précis : l'hypothèque existe, dans ce cas, selon notre article, à compter *du jour que les donations ont eu leur effet*. Sur quoi on se demande quel est le jour où une donation a eu son effet. Est-ce, comme l'indiquent quelques auteurs, le jour où la donation a été acceptée? Oui, sans doute, s'il s'agit d'une donation entre-vifs pure et simple. Nous admettons, dans ce cas, qu'à l'instant même où la donation est acceptée, l'obligation du mari, comme administrateur, prend naissance ; et la perception des sommes provenant de la donation fût-elle retardée, nous reconnaissons qu'avec l'administration du mari naît l'hypothèque de la femme. Mais si la donation a été faite sons une condition suspensive, elle n'*aura son effet* que par l'événement de la condition ; et alors on est dans le principe de la loi, en même temps qu'on entre pleinement dans ses termes en donnant date à l'hypothèque du jour où la condition s'est réalisée (3).

VIII. — 758. Enfin, l'art. 2135 s'occupe, en dernier lieu, de l'hypothèque de la femme pour l'indemnité des dettes contractées avec le mari, et pour le remploi de ses propres aliénés. Dans l'ancienne jurisprudence, l'hypothèque pour ces causes n'avait pas été reconnue originairement; elle ne s'introduisit que par l'usage et comme une ressource offerte à la femme que l'on supposait n'être pas libre dans le consentement par elle donné, soit en s'obligeant avec son mari,

---

(1) Voy. MM. Dalloz (p. 125, n° 6); Troplong (n° 631).

(2) Voy. MM. Tarrible (*Rép.*, v° Inscript. hyp., § 2, n° 9); Troplong (n° 586). — Voy. aussi Rej., 5 mai 1841 (S.-V., 41, 1, 448; Dall., 41, 1, 189; *J. Pal.*, à sa date).

(3) Voy. MM. Persil (art. 2135, § 2, n° 7); Dalloz (p. 133, n° 4); Zachariæ (t. II, p. 129, note 27). Voy. cependant MM. Tarrible et Troplong (*loc. cit.*).

soit en aliénant ses propres. Et, en lui accordant cette hypothèque, on en fit remonter la date au jour du contrat de mariage ou de la bénédiction nuptiale : c'était du moins la règle générale et le droit commun ; ce n'était pas le droit absolu, car, dans quelques provinces, et notamment en Normandie et en Bretagne, l'hypothèque ne datait que du jour de l'obligation ou de la vente. Mais ajoutons que déjà, sous l'ancienne jurisprudence, le droit commun paraissait exagéré. Ces hypothèques, ainsi données aux femmes du jour du contrat de mariage ou de la bénédiction nuptiale, disait M. de Lamoignon, ne sont pas régulières, car il est déraisonnable d'établir une hypothèque antérieure à l'obligation personnelle dont elle est l'accessoire. « La répétition des hypothèques, disait-il encore, donnée aux femmes du jour du contrat de mariage, et en défaut d'icelui du jour de la bénédiction nuptiale, est fort incommode au mari. Car elle soumet l'état, la condition et la fortune du mari au caprice et à la fantaisie de la femme, laquelle faisant refus de s'obliger avec son mari, un homme riche d'un million demeure sans crédit, à cause que les premières obligations du mari, auxquelles la femme n'a point parlé, peuvent être anéanties par des obligations postérieures du mari et de la femme, auxquelles on donne, du chef de la femme, une hypothèque du jour du contrat de mariage. Et, supposé qu'il n'y ait point de mauvaise humeur de la part de la femme, si elle est mineure de vingt-cinq ans et incapable de s'obliger, le mari se trouvera dans l'impuissance d'emprunter dix écus, à cause des obligations que la femme, parvenue en majorité, pourra faire avec son mari, au préjudice et à la ruine des créanciers particuliers de son mari, quoique antérieurs en hypothèque. » (1)

Ce sont ces considérations mêmes, on l'a vu plus haut, que le Tribunat mettait en avant lorsqu'il s'élevait contre la pensée, formulée dans le projet primitif du Code, de faire remonter l'hypothèque légale de la femme, à raison de toutes les créances qu'elle peut avoir sur son mari, et même pour l'indemnité des dettes contractées avec celui-ci et pour le remploi des propres aliénés, à une date unique, celle du mariage. Et c'est par ces considérations que les rédacteurs du Code ont adopté ce principe, que l'administration ou l'obligation du mari peut seule être la cause génératrice de l'hypothèque. Or ce principe, qui explique les dispositions déjà commentées de notre article, nous en retrouvons encore l'application dans celles dont nous avons maintenant à nous occuper. Et, en effet, il s'agit de deux créances nouvelles à raison desquelles la femme a son hypothèque, et qui résultent : l'une, des obligations contractées par la femme avec son mari; l'autre, de l'aliénation de ses propres. Or les rédacteurs du Code ne font qu'appliquer leur principe en fixant la date de l'hypothèque, quant à la première de ces créances, au *jour de l'obligation,* puisque c'est seulement à ce jour que se place l'acte d'où procède la créance, et quant à la seconde, *au jour de la vente,* puisque c'est seulement du jour que les propres

(1) Voy. *Arrêtés* de Lamoignon (t. I, p. 291 et 292, édit. de 1702).

sont vendus que le mari peut être obligé à indemniser sa femme de l'aliénation.

Quelques détails spéciaux et importants se rattachent à chacune de ces deux causes d'hypothèque, précisément au point de vue de la date; et nous allons bientôt les reprendre successivement.

759. Mais, avant cela, se présente, par suite de la différence existant entre la nouvelle et l'ancienne législation, une question transitoire semblable à celle que nous avons discutée tout à l'heure en nous occupant de l'hypothèque légale de la femme à raison des successions à elle échues ou des donations à elle faites durant le mariage (voy. *suprà*, n° 755). Il faut l'examiner avant tout.

Nous supposons donc qu'une femme, mariée sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, ait, après la promulgation du Code civil, contracté avec son mari des obligations importantes, ou qu'elle ait consenti à la vente de ses biens propres. Le mari avait, de son côté, conféré des hypothèques sur ses immeubles. Après tout cela, le mari est exproprié et le prix de ses immeubles est distribué par voie d'ordre. Qui, dans ce cas, aura la préférence, de la femme, à raison, soit de l'indemnité des dettes par elle contractées avec son mari, soit du remploi de ses propres aliénés, ou du créancier auquel le mari avait auparavant conferé des hypothèques? La femme pourra-t-elle, se rattachant à la législation sous l'empire de laquelle elle s'est mariée, dire que la préférence lui est due, en vertu de cette législation qui, en règle générale, faisait remonter son hypothèque, pour les causes dont il s'agit ici, au jour du contrat de mariage ou de la bénédiction nuptiale? Ou, au contraire, le créancier du mari pourra-t-il, invoquant la législation nouvelle sous l'empire de laquelle la femme s'est obligée avec son mari ou a consenti à la vente de ses propres, prétendre que la préférence doit lui être donnée en vertu de cette législation qui n'accorde son hypothèque à la femme que du jour de l'obligation ou de la vente? Si l'on suivait sur ce point la doctrine de M. Grenier, indiquée plus haut (voy. n° 755), la prétention du créancier devrait être accueillie. M Grenier a dit, en effet, que l'hypothèque de la femme, à raison des sommes dotales provenant de successions échues ou de donations faites durant le mariage, remonte au mariage, quoique le Code ait placé la date de l'hypothèque à l'ouverture de la succession ou au jour que la donation a eu son effet, parce que, l'hypothèque, dans ce cas, se rattache à un fait éventuel *et complétement indépendant de la volonté de la femme*. Or, ici, où le fait éventuel est, au contraire, *tout potestatif,* puisqu'il dépend de la volonté des époux de ne pas s'obliger ou de ne pas vendre les propres de la femme, la conséquence serait que l'hypothèque n'aurait sa date qu'au jour de l'obligation ou de la vente : et c'est en effet ce que décide M. Grenier (1). Mais la question n'est pas là; et très-évidemment, rien n'est plus arbitraire que de subordonner le choix de la législation à appliquer au point de savoir si le fait dans lequel la femme

(1) Voy. M. Grenier (t. I, n° 241).

trouve son droit à l'hypothèque est ou non potestatif de sa part (1). Ici, comme pour la créance à raison de sommes dotales provenant de successions ou de donations, tout est dans l'appréciation du droit acquis à la femme par son contrat de mariage.

Or, dans, notre espèce, la femme a acquis, en se mariant, droit à une hypothèque remontant rétroactivement au jour même du contrat ou de la célébration du mariage, pour l'indemnité des dettes qu'elle pourrait contracter avec son mari ou pour le remploi de ses propres s'ils venaient à être aliénés; et quoiqu'il fût éventuel au moment du mariage, ce droit n'a pu subir aucune atteinte des dispositions législatives intervenues ultérieurement. C'est donc la prétention de la femme qui, dans le cas proposé, doit prévaloir sur celle du créancier.

Cependant la Cour de cassation s'y était d'abord trompée. Appelée, en 1816 pour la première fois, à se prononcer sur la question, elle pensa qu'une femme mariée antérieurement au Code civil, et qui n'avait pas pris inscription sous la loi du 11 brumaire an 7, n'avait pas été fondée à réclamer, pour garantie d'une obligation par elle contractée avec son mari depuis la publication du Code, une hypothèque remontant au contrat de mariage, ni même à la date de la publication du Code, et que la seule date à laquelle pouvait être reportée l'hypothèque était celle de l'obligation. La Cour se fondait alors sur ce que la femme, n'ayant jamais pris inscription, ne pouvait invoquer, pour raison de son hypothèque légale, que la disposition de l'art. 2135 du Code civil; mais qu'en excipant de cet article, elle devait le prendre dans son ensemble, et qu'en l'invoquant dans le partie qui donne son existence à l'hypothèque indépendamment de toute inscription, elle ne pouvait le repousser dans celle qui, à raison de l'indemnité pour dettes contractées avec le mari, fixe la date de l'hypothèque au jour de l'obligation (2). Toutefois, ce n'était là qu'une méprise, et la Cour de cassation elle-même l'a bientôt reconnu. Le droit dont excipe la femme mariée avant la publication du Code civil n'est pas du tout celui que consacre ce Code dans son art. 2135; c'est toujours le droit qu'elle tient de la loi sous l'empire de laquelle elle s'est mariée; et c'est exclusivement cette dernière loi dont elle invoque le bénéfice. Or ce droit a bien pu être soumis à quelques conditions accessoires par les lois qui ont succédé à celle sous laquelle il a pris naissance; mais le fond même du droit est resté, et les lois ultérieures n'y ont pas porté atteinte. Ainsi, la loi du 11 brumaire an 7 n'a pas fait perdre à la femme l'hypothèque qu'elle tenait de la législation sous l'empire de laquelle elle s'est mariée, pour l'indemnité des dettes ou les remplois des propres aliénés; elle a exigé seulement que cette hypothèque fût rendue publique par l'inscription dans une époque déterminée. Par suite, le Code, en se substituant à la loi de brumaire, n'a pas créé cette hypothèque de la femme qui existait déjà et n'avait pas cessé d'exister; il l'a tout sim-

(1) Voy. MM. Dalloz (p. 125, n° 6); Troplong (n° 630).
(2) Req., 7 mai 1816 (Dall., 16, 1, 548; S.-V., 17, 1, 145; *J. Pal.*, à sa date).

plement affranchie de la règle de la publicité à laquelle elle avait été soumise par cette dernière loi, mais seulement il l'en a affranchie sous la réserve des droits acquis à des tiers avant le jour où il a été publié. Que conclure de là? Qu'à défaut par la femme d'avoir obéi à la législation transitoire ou intermédiaire qui avait exigé une inscription dans le délai déterminé, il se pourra faire qu'elle soit primée sur les immeubles de son mari par des créanciers auxquels celui-ci aurait conféré des hypothèques que le Code aurait trouvées inscrites. Mais c'est tout; et ce droit hypothécaire de la femme, en toute autre circonstance, restera entier avec toutes ses prérogatives, et notamment avec la date que lui assigne la législation sous l'empire de laquelle il est né, parce que, encore une fois, c'est là un droit acquis auquel le Code civil n'a pas eu la pensée de toucher. La jurisprudence est maintenant définitivement arrêtée en ce sens (1). Et nous concluons, avec la Cour de cassation elle-même, et en empruntant les termes de ses arrêts, que lorsque notre article dispose que l'hypothèque des femmes sur les biens de leurs maris, pour l'indemnité des dettes ou le remploi des propres aliénés, date, non du jour du mariage, mais de celui de l'obligation ou de la vente, il ne statue que pour l'avenir et uniquement à l'égard des femmes mariées depuis la publication du Code, et que tout ce qui tient à la constitution de l'hypothèque et à son rang, en ce qui concerne les femmes mariées antérieurement, demeure réglé par les lois anciennes, sauf les droits que les tiers auraient pu acquérir, à leur préjudice, en vertu de la loi du 11 brumaire an 7.

Ceci dit, nous passons aux deux hypothèses prévues dans l'avant-dernière disposition de l'art. 2135.

760. La première hypothèse a pour objet l'*indemnité des dettes*. D'après l'art. 2135, comme nous l'avons indiqué déjà, l'hypothèque pour cette cause existe, indépendamment de toute inscription, *à compter du jour de l'obligation* que la femme aurait souscrite avec son mari.

Sur quoi l'on se demande, en premier lieu, si les parties pourraient déroger à cette disposition de la loi et stipuler utilement, dans le contrat de mariage, que la femme aura son hypothèque légale à une autre date, et spécialement à celle du mariage. Dans une espèce régie par l'ancien droit, la Cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative : elle a décidé que, sous la Coutume de Bretagne, dont, par une exception aux règles générales de l'ancienne jurisprudence, l'art. 439 accordait à la femme hypothèque sur les biens du mari, pour l'indemnité des dettes qu'elle avait contractées avec lui, seulement à compter du jour de l'obligation, les époux ont pu stipuler, dans leur contrat de mariage, que l'hypothèque de la femme remonterait à la date de ce

---

(1) Voy. Cour de cass., 10 févr. 1817, 23 juin 1824, 10 janv. 1827, 12 août 1834 et 26 janv. 1836. Voy. aussi Metz, 18 juill. 1820; Colmar, 14 mai 1821; Lyon, 11 avr. 1823; Rouen, 19 mars 1835; Paris, 26 mars 1836; Poitiers, 18 juin 1838 (S.-V., 34, 1, 693; 36, 1, 99; 35, 2, 296; 36, 2, 209; 38, 2, 442; Dall., 17, 1, 133; 27, 1, 113; 34, 1, 379; 36, 1, 98).

contrat pour toutes ses reprises (1). Et quelques auteurs ont pensé, sur l'autorité de ce précédent, que la stipulation pourrait être faite même sous le Code civil, et avoir tout son effet, parce que, disent-ils, c'est à celui qui traite avec un homme marié de se faire représenter le contrat de mariage, et que si cette clause gêne le mari dans ses transactions, c'est à lui de s'imputer de l'avoir consentie (2).

Nous croyons qu'en ceci les auteurs auxquels nous faisons allusion ont perdu complétement de vue les motifs sur lesquels est fondée la disposition de la loi. Rappelons-nous ce qu'en disait le Tribunat dans les Observations traduites et formulées par notre article : « Il n'est pas juste, disait-il, qu'il y ait une hypothèque avant l'existence de l'acte qui forme l'origine de la créance; et il est odieux que la femme, en s'obligeant postérieurement, puisse primer des créanciers ou des acquéreurs qui ont contracté auparavant avec le mari. C'était là une source de fraudes qu'il est temps enfin de faire disparaître. » Ces Observations ont une portée qu'on ne saurait méconnaître; elles montrent avec évidence que, dans ce qui touche à la fixation de la date de l'hypothèque légale, non moins que dans la constitution même de l'hypothèque, l'intérêt dominant dans la pensée du législateur, l'intérêt qui le détermine, est celui de l'ordre public : avant tout, il veut protéger les tiers contre les fraudes auxquelles pourrait donner lieu la rétroactivité de l'hypothèqne. Or, appartient-il aux parties, et surtout à celles contre lesquelles sont établies les précautions de la loi, de déroger, par leurs conventions particulières, à des dispositions d'ordre public? Poser la question, c'est la résoudre. Évidemment, de telles dérogations ne sauraient être permises; et cela doit être reconnu ici d'autant plus que s'il en était autrement, et que la loi laissât les époux libres de faire remonter au mariage l'hypothèque légale qu'elle a voulu fixer à une date ultérieure, à la date où la créance garantie par cette hypothèque prend naissance, la loi détruirait elle-même son œuvre, en ménageant aux époux le moyen le plus facile de revenir à ces abus et à ces fraudes qu'elle a eu particulièrement en vue de faire cesser. Que la Cour de cassation ait reconnu la stipulation et lui ait donné son effet dans l'espèce qui lui était soumise, on peut le comprendre, si l'on considère qu'en permettant à la convention de faire remonter l'hypothèque à la date du contrat de mariage, elle ne faisait après tout que retourner au droit commun coutumier, à un principe qui alors était en France celui de la législation prise dans son ensemble et auquel faisait exception la loi spéciale qui régissait le contrat sur les effets duquel la Cour avait à statuer. Et cependant, même dans ces circonstances, et quelque favorable que soit le retour au droit commun, nous ne voudrions pas dire que la doctrine de l'arrêt fût parfaitement sûre. Mais certainement il serait impossible de la reproduire aujourd'hui, puisqu'elle aurait pour

---

(1) Req., 26 févr. 1829 (*J. Pal.*, à sa date; Dall., 29, 1, 161).
(2) MM. Delvincourt (t. III, p. 165, note 7); Dalloz (*Rép.*, v° Hyp. et Priv., p. 125, à la note).

effet, au contraire, de détruire la loi commune, et de mettre à la place d'une disposition toute d'ordre public une convention privée qui l'abroge ou la modifie.

Donc, quelles que soient les stipulations du contrat de mariage, l'hypothèque légale de la femme pour l'indemnité des dettes par elle contractées avec son mari n'a et ne peut avoir d'autre date que celle de l'obligation (1); toute stipulation qui lui donnerait une autre date serait complétement inefficace; une telle stipulation ne serait, en aucun cas, opposable aux tiers (2).

761. Ce n'est pas tout : les motifs mêmes de la loi qui ont fait placer le point de départ de l'hypothèque de la femme, pour l'indemnité des dettes, à la date des obligations par elle contractées avec son mari, exigent que, lorsque ces obligations résultent d'actes sous seing privé, l'hypothèque n'ait de date que du jour où les actes ont acquis date certaine. En effet, la loi, dont la pensée a été de garantir les tiers, et en particulier les créanciers du mari contre les fraudes auxquelles la rétroactivité de l'hypothèque se prêterait avec tant de facilité, manquerait son but si elle permettait à la femme d'opposer aux tiers d'autres obligations que celles dont la date est certaine. Que servirait aux créanciers la sollicitude de la loi, et à quoi bon aurait-elle fixé à l'hypothèque de la femme sa date et son point de départ, si celle-ci, de concert avec son mari, pouvait éluder la disposition, faire remonter l'hypothèque à son gré en antidatant ses créances, et enlever ainsi frauduleusement aux créanciers du mari le bénéfice et les avantages de la priorité?

Cependant ces idées, qui dominent aujourd'hui dans la jurisprudence (3), n'y ont pas été admises sans difficulté. Dans les premières espèces où la question s'est produite, elle a été résolue en sens contraire par les Cours de Paris, d'Orléans et d'Amiens, lesquelles, supposant une sorte de dérogation, par notre art. 2135, au principe posé dans l'art. 1328 du Code civil, ont dit que le législateur, dans le cas de notre article, n'a égard qu'*au fait de l'obligation;* qu'il n'exige pas que l'obligation soit constatée par acte authentique ou par acte sous seing privé ayant acquis date certaine, conformément à l'art. 1328; que l'obligation peut exister légalement sans écrit; et qu'ainsi il suffit qu'il y ait obligation consentie par la femme pour qu'il naisse du fait

---

(1) Si l'obligation consiste en une lettre de change souscrite par le mari et endossée par la femme, l'hypothèque légale remonte au jour même de l'endossement, et non pas seulement au jour où, à défaut de payement par le mari, la femme aurait, comme endosseur, exercé un recours contre lui. Req., 9 août 1852 (S.-V., 53, 1, 197; Dall., 53, 1, 156; *J. Pal.*, 1854, t. II, p. 293).

(2) *Conf.* MM. Grenier (t. I, n° 242); Troplong (n° 588 *bis*).

(3) Voy. Cass., 5 févr. 1851; Agen, 21 mars 1851; Rouen, 24 mars 1852; Douai, 29 janv. 1857; Cass., 15 mars 1859; Req., 13 août 1868 (S.-V., 51, 1, 192; 52, 2, 224 et 535; 57, 2, 491; 59, 1, 193; 69, 1, 348; Dall., 51, 1, 14; 2, 150; 53, 2, 143; 57, 2, 113; 59, 1, 105; 70, 1, 126; *J. Pal.*, 1851, t. I, p. 353; 1854, t. I, p. 294; 1857, p. 988; 1860, p. 865; 1869, p. 883). Voy. aussi MM. Bellot (t. I, p. 344); Persil (art. 2135, § 2, n° 11); Demolombe (*Rev. crit.*, t. I, p. 527); Aubry et Rau (t. II, p. 696; 4e édit., t. III, p. 241); Ad. Potel (p. 250 et suiv.).

même une hypothèque au profit de celle-ci sur les biens de son mari (1).

Toutefois, ceci n'est qu'une équivoque. Sans doute, ce qui donne naissance à l'hypothèque de la femme, c'est le fait de s'être obligée avec son mari, dont par là elle devient la caution. Mais encore faut-il que ce fait soit constant, et qu'il soit établi non-seulement quant à son existence, mais encore quant à sa date. Or, quoi qu'on en dise, il y a là une convention, sinon de la femme au mari, au moins du mari et de la femme solidairement obligés, au créancier envers lequel ils se sont engagés. C'est précisément cette convention que la femme oppose aux autres créanciers, quand elle vient se prétendre contre eux créancière à un rang préférable. Comment donc et à quel titre serait-elle affranchie des règles du droit commun sur la preuve des obligations, et spécialement sur la constatation de la date? Il est bien vrai que notre article ne dit rien de la forme de l'obligation, lorsqu'il exprime que la date même de cette obligation donnera sa date à l'hypothèque de la femme, et notamment qu'il ne s'y trouve pas de termes exigeant que l'obligation soit constatée par acte authentique ou sous seing privé ayant acquis date certaine. Mais que peut-on conclure de là? Rien, sinon que le législateur s'en est virtuellement référé aux principes du droit commun; que dès lors l'hypothèque de la femme remontera sans difficulté à la date indiquée par l'acte constatant l'obligation, si cet acte est en forme authentique; mais que si l'obligation est constatée par un acte sous seing privé, l'hypothèque de la femme ne datera, vis-à-vis des tiers, que du jour où cet acte aura acquis date certaine par l'un des moyens indiqués dans l'art. 1328.

La conséquence est nécessaire, à notre avis, et l'application de l'article 1328 au cas proposé trouve sa justification entière dans la situation juridique des créanciers hypothécaires du mari vis-à-vis de la femme. En définitive, que sont-ils vis-à-vis de la femme, lorsqu'il s'agit du rang de l'hypothèque légale accordée à celle-ci pour l'indemnité des dettes par elle contractées avec son mari? Ce sont des *tiers* incontestablement. Ils excipent d'un droit qui leur est propre et personnel, du droit qu'ils tiennent directement de cette hypothèque qui atteint et affecte réellement de leur chef les biens de leur débiteur; c'est ce droit qu'ils mettent en avant contre la femme quand ils lui opposent que, faute par elle de justifier de sa créance par un titre ayant date certaine, ils doivent lui être préférés. Dans cette situation, ils ne sont en aucune façon les *ayants cause* de leur débiteur; et, n'étant pas ses *ayants cause,* ils sont nécessairement *des tiers* qui peuvent, en invoquant le bénéfice de l'art. 1328, soutenir que les actes de leur débiteur ne leur sont opposables qu'autant qu'ils ont date certaine. Il ne faudrait rien moins, pour leur enlever ce moyen, qu'une dérogation expresse et formelle de la loi pour le cas proposé. Or cette dérogation n'est écrite ni dans notre ar-

(1) Voy. Paris, 31 juill. 1847; Orléans, 24 mai 1848; Amiens, 26 mars 1860 (S.-V., 47, 2, 483; 50, 2, 146; 60, 2, 124; Dall., 48, 2, 185; *J. Pal.*, 1847, t. II, p. 428; 1848, t. II, p. 57; 1860, p. 865). Voy. aussi M. Legentil (*Rev. crit.*, t. II, p. 130).

ticle ni dans aucun autre. Il n'est donc pas possible de la suppléer (1).

762. Telles sont donc les règles pour la première hypothèse prévue par notre article : l'hypothèque accordée à la femme pour l'indemnité des dettes par elle contractées avec son mari n'a et ne peut avoir d'autre date que celle de l'obligation souscrite avec le mari, quelles que soient les conventions du contrat de mariage à cet égard ; et la date de l'obligation ne peut même être opposée aux créanciers du mari comme fixant le rang de l'hypothèque de la femme qu'autant que l'acte constatant l'obligation est authentique, ou, s'il est sous seing privé, qu'il a acquis date certaine, conformément à l'art. 1328 du Code civil.

Ceci posé, nous avons à nous occuper, sinon des difficultés, au moins des incertitudes qui parfois peuvent surgir dans l'application.

763. Par exemple, Paul et Eugénie, mariés, contractent solidairement, par acte authentique du 1er février 1869, une dette de 30 000 fr. Le 1er mars 1874, Paul, débiteur de Joseph d'une somme de 10 000 fr., confère, sur sa maison de Versailles, une hypothèque que Joseph fait inscrire le même jour. Le 8 mars 1875, Paul et Eugénie empruntent solidairement une autre somme de 100 000 francs. Puis, en janvier 1876, la maison de Versailles est vendue par Paul moyennant 90 000 fr. Un ordre étant ouvert pour la distribution de ce prix, Joseph s'y présente pour sa créance de 10 000 francs, garantie par une hypothèque conventionnelle inscrite à la date du 1er mars 1874 ; mais Eugénie s'y présente également, et y réclame un rang de préférence pour les 130 000 francs résultant des deux obligations qu'elle a contractées solidairement avec son mari aux dates du 1er février 1869 et 8 mars 1875. Est-elle fondée dans sa prétention ; et, bien que la seconde obligation par elle contractée soit postérieure par sa date à l'inscription prise par Joseph, devra-t-elle primer ce dernier, même à raison de cette seconde obligation ? La négative est certaine, et il semble que cela ne doit pas même être mis en question.

Et pourtant nous trouvons un arrêt qui, se rattachant, par une méprise inexplicable, au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque générale, a décidé que la femme, dans ce cas (ou le créancier qu'elle avait subrogé dans son hypothèque légale), avait le droit d'exercer l'hypothèque sur l'immeuble dont le prix était en distribution pour la totalité de ses reprises, d'autant plus que le montant de ces reprises excédait la valeur de tous les immeubles du mari : en conséquence, l'arrêt a permis que la femme fût colloquée à l'exclusion du créancier, puisque le gage spécial de celui-ci se trouvait absorbé en totalité et au delà par les créances réunies de la femme ! Cette décision (est-ce la peine de le

(1) Mais, en tout cas, lorsque, après la faillite du mari, les créances résultant des obligations contractées par lui et par la femme ont été admises au passif de la faillite, la masse chirographaire, *qui a reconnu par là que ces créances sont antérieures à la faillite*, est sans droit pour refuser à la femme l'exercice de son hypothèque légale à raison de l'indemnité qui lui est due pour ces créances. Voy. l'arrêt déjà cité de la Cour de cassation, du 15 mars 1859. *Junge* : Rej., 19 févr. 1862 (S.-V., 62, 1, 382 ; Dall., 62, 1, 127 ; *J. Pal.*, 1862, p. 712 ; *Rev. du not. et de l'enreg.*, n° 309). Voy. aussi MM. Aubry et Rau (*loc. cit.*, note 63 ; 4e édit., t. III, *loc. cit.*, note 70).

dire?) n'a pas échappé à la cassation. Sans doute, l'hypothèque générale en elle-même est indivisible; mais c'est donner à l'indivisibilité une portée à laquelle nul n'a songé jamais, d'en conclure que l'hypothèque doit être colloquée indivisément et toujours pour la totalité des créances auxquelles elle est attachée. Même pour l'hypothèque légale de la femme, cela n'est vraiment pas proposable en présence de notre article, qui donne expressément à cette hypothèque des dates différentes, eu égard à la nature des créances garanties. Et quand cet article dit que l'hypothèque de la femme pour l'indemnité des dettes par elle contractées avec son mari prend naissance à la date de l'obligation, le sens intime indique que l'hypothèque ne peut être réputée indivisible, lorsque de fait il y a plusieurs dettes souscrites par la femme avec son mari à différentes époques. La conclusion à induire de là, dans l'espèce proposée, c'est que le créancier qui a pris hypothèque sur un immeuble du mari à une date postérieure à une première dette de la femme, mais antérieure à une deuxième dette, doit être primé, sur le prix de cet immeuble, par l'hypothèque légale résultant de la première dette, mais doit précéder l'hypothèque légale résultant de la seconde. Ainsi a jugé la Cour suprême, en cassant l'arrêt auquel nous faisons allusion (1).

764. Par exemple encore, Paul, marié avec Eugénie, vend sa maison de Versailles le 1er février 1869, et, le 1er février 1870, il contracte solidairement avec sa femme un emprunt de 10 000 francs. Puis il tombe en de mauvaises affaires, telles que sa femme fait prononcer sa séparation de biens. La liquidation a lieu, et celle-ci est reconnue créancière de son mari, entre autres causes, pour l'indemnité de la dette contractée le 1er février 1870. Elle pense alors que son hypothèque légale, à raison de cette créance, s'étend à la maison de Versailles vendue par son mari le 1er février 1869; en conséquence, elle fait sommation à l'acquéreur de payer ou délaisser. Est-elle fondée? Non, évidemment; car l'hypothèque pour indemnité des dettes n'avait pris naissance qu'à la date de l'obligation contractée par la femme avec son mari, et il est impossible qu'elle ait grevé, à un moment quelconque, l'immeuble sorti des mains et du patrimoine de celui-ci avant la date de cette obligation (2).

765. La même application a été faite, dans des circonstances moins simples, et où elle pouvait paraître n'être pas sans quelque difficulté. Ainsi, Paul et Eugénie sont mariés depuis le 16 septembre 1836; au cours du mariage, et le 16 mai 1849, Paul vend sa maison de Versailles à Joseph, qui s'en met en possession, et néglige de remplir les formalités de la purge. De longues années s'écoulent, et Paul et Eugénie s'obligent solidairement envers Pierre, qui, en outre, est subrogé dans l'hypothèque légale d'Eugénie. C'est en cet état qu'en 1870 un ordre est ouvert sur le prix de quelques immeubles appartenant à Paul. Eu-

(1) Cass., 16 nov. 1829 (S.-V., 30, 1, 306; *Coll. nouv.*, 9, 1, 385; Dall., 29, 1, 406; *J. Pal.*, à sa date). — Voy. aussi Cour de cass., 4 janv. 1815.
(2) Voy. Riom, 6 déc. 1848 (S.-V., 49, 2, 147; Dall., 49, 2, 140; *J. Pal.*, 1849, t. I, p. 628).

génie y vient produire et demander à être colloquée, entre autres causes, *pour la restitution de sa dot,* c'est-à-dire pour une créance dont l'hypothèque remontait *au jour du mariage,* d'après le § 1, n° 2, de notre article. Mais Pierre, subrogé dans l'hypothèque légale d'Eugénie, obtient en même temps sa collocation en sous-ordre sur la collocation de celle-ci, et il arrive que le montant de la collocation accordée à Eugénie est absorbé par Pierre, colloqué en sous-ordre. C'est alors qu'Eugénie, se regardant toujours comme créancière de sa dot en ce que, matériellement, elle n'en a pas touché le montant dans l'ordre, de sa dot à raison de laquelle elle avait une hypothèque légale remontant au jour du mariage, c'est-à-dire, dans l'espèce, au 16 septembre 1836, songe à la vente consentie par son mari, le 16 mai 1849, de sa maison de Versailles, et, trouvant l'acquéreur toujours en possession, elle lui fait sommation de payer ou délaisser.

Toutefois, la prétention n'était pas plus fondée ici que dans l'espèce précédente. Du moment que la femme avait été colloquée en ordre utile pour la totalité de sa dot sur le prix de vente de biens appartenant à son mari, elle était censée avoir été remboursée de cette dot, quoique, en fait, la collocation eût profité, non pas à elle-même personnellement, mais au créancier vis-à-vis duquel elle s'était obligée solidairement avec son mari, et qui avait été colloqué en sous-ordre en son lieu et place, en vertu de l'obligation solidaire : seulement, il était résulté de là pour la femme, aux termes de l'art. 1431 du Code civil, qu'au moyen de la collocation en sous-ordre, elle se trouvait avoir acquitté, comme caution, la dette de son mari; en sorte qu'à la créance qu'elle avait primitivement pour la restitution de sa dot était substituée la créance qu'elle acquérait à l'instant même contre son mari pour le remboursement de ce qu'elle avait ainsi payé. Or l'hypothèque attachée à cette créance n'avait plus, d'après notre article, d'autre date que celle de l'obligation solidaire souscrite par le mari et par la femme et acquittée par celle-ci; et comme cette obligation n'existait pas encore au moment où la maison vendue par le mari avait été acquise par le tiers détenteur, c'est sans aucun fondement que ce dernier avait été sommé de payer ou délaisser. Ainsi en a décidé la jurisprudence dans les deux circonstances où la difficulté s'est élevée (1) : la solution ne peut qu'être approuvée.

Ces applications sont suffisantes pour l'intelligence de notre texte; et, sans y insister autrement, nous passons à la deuxième hypothèse qu'il prévoit et qu'il règle.

766. Cette seconde hypothèse a pour objet *le remploi des propres aliénés*. D'après l'art. 2135, l'hypothèque de la femme, pour cette créance, existe, indépendamment de toute inscription, *à compter du jour de la vente*. Les observations présentées à l'occasion de l'hypothèse précédente s'appliquent généralement à celle-ci. Ainsi, les parties

(1) Voy. Paris, 3 déc. 1838; Bourges, 30 juill. 1853 (*J. Pal.*, 1839, t. II, p. 617; S.-V., 55, 2, 586; Dall., 56, 2, 205; *J. Pal.*, 1855, t. I, p. 494).

ne peuvent pas déroger, par les conventions particulières de leur contrat de mariage, à la disposition de la loi, en stipulant que la femme aura, pour le remploi de ses propres aliénés, une hypothèque remontant *au jour du mariage;* et l'aliénation des propres eût-elle eu lieu en vertu d'une clause du contrat de mariage par lequel le mari aurait été autorisé à vendre les biens de la femme dans l'intérêt de ses propres affaires, la date de l'hypothèque n'en demeurerait pas moins fixée au jour indiqué par la loi (1). Ainsi encore, les actes d'aliénation dans lesquels l'hypothèque légale de la femme prend naissance ne peuvent être opposés aux créanciers du mari qu'autant que l'existence et la date en sont certaines (2). Ainsi enfin, dans le concours d'aliénations successives, les biens du mari ne sont grevés de l'hypothèque qu'aux dates diverses de ces aliénations; en telle sorte que les créanciers inscrits dans l'intervalle ne peuvent jamais être primés qu'à raison des aliénations consenties à une date antérieure à celle de leur inscription, etc. En un mot, on peut dire du remploi des propres aliénés ce que nous avons dit de l'indemnité des dettes contractées par la femme avec son mari; et il semble que les deux cas auraient pu être réunis dans le commentaire, comme ils le sont dans le texte de la loi, qui embrasse ces deux objets dans une même disposition.

767. Mais celui qui nous occupe en ce moment a donné lieu à une difficulté particulière. On s'était demandé si la dispositton de notre article, qui ne donne hypothèque à la femme, pour le remploi de ses propres aliénés, qu'à compter du jour de la vente, s'applique limitativement aux femmes mariées sous le régime de la communauté, ou bien si elle contient aussi la règle applicable aux femmes mariées sous le régime dotal. Ce point de droit a été longtemps sans difficulté; et il faut dire que la loi semble l'avoir tranché par son économie même. En effet, elle assimile en quelque sorte, ou du moins elle réunit dans une même pensée et confond dans une même disposition, ces deux causes distinctes de créances : l'obligation souscrite par la femme conjointement avec son mari, et l'aliénation de ses propres avec son concours ou son consentement. Or cette assimilation seule, cette fusion, n'est-elle pas restrictive par elle-même? Notons bien ceci. Les créances de la femme pour dettes contractées par elle conjointement avec son mari se produisent en général dans le régime de la communauté : la loi se réfère aux art. 1431, 1487, 1494, qui n'ont pas d'analogue dans le régime dotal. C'est donc bien le régime de la communauté que la loi a en vue lorsqu'elle parle de l'indemnité des dettes contractées par la femme avec son mari. Et comment admettre alors, comment supposer qu'elle n'ait pas encore ce même régime en vue quand, à l'instant même et

(1) Voy. M. Troplong (n° 589). — Il a même été décidé que l'hypothèque pour le remploi d'un propre aliéné dont la vente a été ultérieurement ratifiée par la femme prend date du jour de la vente même, et non pas seulement du jour de la ratification. Paris, 18 juin 1863 (S.-V., 64, 2, 208; *J. Pal.*, 1864, p. 947). — Mais voy. Rej., 6 juill. 1831 (S.-V., 31, 1, 307; Dall., 31, 1, 228; *J. Pal.*, à sa date).

(2) Voy. Agen, 10 juin 1859 (S.-V., 59, 2, 341; *J. Pal.*, 1860, p. 1210).

dans la même disposition, dans le même membre de phrase, elle parle *du remploi des propres aliénés?* Ceci n'est qu'une induction, sans doute; mais venons au texte même de la loi, et remarquons tout ce que cette induction y trouve de force. De quoi y parle-t-on, en effet? De l'hypothèque pour le remploi des propres aliénés! *Des propres,* c'est-à-dire d'une classe de biens qui, dans le langage du droit, prennent le nom de *propres* par opposition aux biens *communs*. Or il n'y a de biens communs que dans le régime de la communauté. Tout est séparé dans le régime dotal, et les biens de la femme n'y sont pas des *propres;* ils sont des biens *dotaux* ou des *paraphernaux*. Les mots ici ont une valeur dont il faut savoir tenir compte; le législateur, assurément, ne s'y est pas trompé.

Aussi, nous le répétons, aucune difficulté ne s'était élevée sur la question. L'opinion unanime des auteurs et les solutions de la jurisprudence étaient fixées en ce sens, que l'hypothèque légale de la femme dotale remonte rétroactivement à la date du mariage, sauf en ce qui concerne les droits éventuels dotaux, et qu'ainsi l'hypothèque de la femme dotale, *pour le remploi de ses biens dotaux aliénés,* n'est pas régie, quant à sa date et à son point de départ, par le n° 2, § 3, de notre article. C'est l'opinion qui a été soutenue par M. Rodière dans notre *Traité du Contrat de mariage;* nous l'avons nous-même développée ailleurs (1), et nous la retrouvons dans les auteurs et dans les arrêts plutôt comme l'expression d'une règle de droit que comme discussion d'un point de controverse (2).

Mais en 1851, la Cour de Caen, rompant l'unanimité qui s'était établie, a décidé, au contraire, que l'hypothèque légale de la femme sur les biens de son mari, à raison du prix de la vente de ses biens dotaux, lorsque l'aliénation en a été autorisée par le contrat de mariage à charge de remploi, *remonte, non point au jour du mariage, mais au jour de la vente seulement* (3). Nous ne croyons pas que la doctrine de cet arrêt soit destinée à prévaloir sur celle qui jusqu'ici avait pour elle l'assentiment unanime (4).

---

(1) Voy. *Rev. crit.* (t. II, p. 386 et suiv.).

(2) Voy. notre *Traité du Contrat de mariage* (t. II, n° 677; 2ᵉ édit., t. III, n° 1968). — Voy. aussi MM. Tessier (*De la Dot*, t. II, n° 134, 2°); Troplong (n° 589 *bis*); Benech (*De l'Emp. et du Remp.*, n° 111). — *Junge :* Cour de cass., 27 juill. 1826; Grenoble, 6 janv. 1831; Cass., 21 avr. 1869 (S.-V., 69, 1, 350; *J. Pal*, 1869, p. 886), et sur le renvoi, Grenoble, 23 nov. 1870 (S.-V., 71, 2, 12; *J. Pal.*, 1871, p. 84).

(3) Caen, 7 juill. 1851 (S.-V., 52, 2, 92; Dall., 52, 2, 243; *J. Pal.*, 1852, t. I, p. 630). — Depuis, la Cour de Caen a persisté par arrêt du 29 novembre 1872 (Dall., 74, 2, 107; S.-V., 73, 2, 134; *J. Pal.*, 1873, p. 582), et la Cour d'Agen s'est prononcée dans le même sens par l'arrêt déjà cité du 10 juin 1859. Et cette doctrine a été suivie par MM. Aubry et Rau (t. II, p. 697; 4ᵉ édit., t. III, p. 242), Massé et Vergé (t. V, p. 165, note 22), Massé (S.-V., 54, 1, 11, à la note). *Comp.* MM. Potel (p. 260 et suiv.); Berthon (*Hyp. lég. de la femme*, p. 67 et suiv.).

(4) L'arrêt, pourtant, a été suivi d'un pourvoi en cassation qui a été rejeté; voy. Req., 21 déc. 1853 (S.-V., 54, 1, 11; Dall., 54, 1, 9). Toutefois, le rejet se rattache à un point de droit qui ne touche pas à notre question. — Mais appelée à se prononcer de nouveau, la Cour de cassation a expressément décidé, conformément à notre doctrine, que l'art. 2135, qui fixe la date de l'hypothèque au jour de la vente, s'applique au régime de la communauté et non au régime dotal. Cass., 16 mai 1865 (*J. Pal.*,

Vainement la Cour de Caen a-t-elle fait appel aux discussions de la loi pour établir que, dans la pensée du législateur, la règle posée dans le n° 2, § 3, de notre article doit être appliquée indistinctement à la femme dotale et à la femme mariée en communauté. Ces discussions, nous les connaissons déjà; car elles se résument dans les Observations du Tribunat ci-dessus reproduites (voy. n° 751). Or ces Observations, bien loin de donner appui à l'arrêt de la Cour de Caen, ruinent par sa base la théorie de cet arrêt : il suffit, pour en demeurer convaincu, de se reporter aux principes mêmes qui ont inspiré les distinctions proposées par le Tribunat, admises ensuite et consacrées par notre article. Qu'a voulu le Tribunat et qu'a-t-il demandé? Encore une fois, que l'hypothèque de la femme ne naquît jamais avant la créance, et qu'en toute hypothèse l'administration du mari fût la cause génératrice de la sûreté hypothécaire. Eh bien, ce principe, dont jusqu'ici nous avons retrouvé l'application dans chacune des solutions sanctionnées par notre article, ne se comprendrait plus, et ceux qui l'ont posé y auraient fait brèche eux-mêmes, si, en déclarant ensuite que la femme ne doit avoir hypothèque pour le remploi de ses propres aliénés qu'à dater de la vente, ils avaient entendu que la femme, même dotale, serait soumise à cette règle, et qu'elle n'aurait d'hypothèque, à raison de ses biens dotaux aliénés, qu'à compter du jour de l'aliénation. Ainsi entendue, la disposition de notre article serait tout à fait inconséquente au principe sur lequel repose l'ensemble de l'article, parce que la dot est une charge qui grève le mari dès l'instant du mariage; parce que si cette dot se transforme par l'effet d'une aliénation, cette transformation même est un acte de la gestion du mari, de la gestion qu'il tient du contrat de mariage, et qu'ainsi la sûreté des sommes qui remplacent la dot primitive ne peut pas, à peine d'inconséquence, avoir un autre point de départ que celui de la gestion même, de cette administration du mari qui, dans la pensée de la loi, est la cause génératrice de l'hypothèque.

Aussi le Tribunat, et après lui les rédacteurs du Code, ne sont-ils pas tombés dans cette inconséquence. Cela se démontre, comme nous l'avons indiqué déjà, par l'économie même de la disposition que nous expliquons en ce moment et par les expressions qui y sont employées. Certes, quand, d'une part, les rédacteurs de la loi s'occupent du remploi des biens aliénés de la femme, dans la disposition même et dans le membre de phrase où ils parlent d'une autre créance qui appartient en général au régime de la communauté; quand, d'une autre part, ils emploient pour désigner ces biens la qualification significative de *propres,* laquelle appartient à ce même régime de la communauté, où elle est employée par opposition à cette autre qualification de biens *communs,* ils indiquent de la manière la plus nette que ce qu'ils ont en vue exclusivement, c'est une créance qui appartient au régime de la communauté. Et ainsi limitée, la solution fait du principe même qui sert

---

1865, p. 878; S.-V., 65, 1, 345; Dall., 65, 1, 265). Voy. aussi Toulouse, 12 juin 1860 (S.-V., 60, 2, 545; *J. Pal.*, 1860, p. 395).

de base à notre article une application tout aussi exacte que celles dont nous avons eu à nous occuper jusqu'ici ; parce qu'aucune obligation ne pèse sur le mari de la femme commune en biens relativement aux propres de celle-ci ; parce que c'est l'aliénation qui seule engendre l'obligation, et qu'ainsi l'aliénation seule peut donner naissance à l'hypothèque.

Il ne faut donc pas chercher dans les discussions dont notre article a été précédé l'explication et la justification de la théorie que la Cour de Caen a consacrée ; ces discussions, étudiées à la lumière du principe qui les domine, démontrent, au contraire, que, dans la partie de la loi relative à l'hypothèque pour le remploi des propres aliénés, c'est seulement l'obligation du mari de la femme *commune en biens* qui est en question ; que, quant à celle du mari *de la femme dotale*, elle est désormais hors de cause, le droit de la femme, à cet égard, se trouvant déjà fixé par la première application qui a été faite du principe, à savoir, que la femme a une hypothèque légale, *à compter du jour du mariage,* à raison de sa dot et *des conventions matrimoniales.*

C'était là, nous le répétons, un point de droit reposant sur l'assentiment unanime ; et s'il faut ajouter aux autorités qui l'avaient consacré, nous ferons appel à des discussions qui sans doute n'ont pas été connues de la Cour de Caen, et dans lesquelles ce point de droit a été, dans une certaine mesure, sanctionné par une sorte d'interprétation législative. Nous voulons parler des débats qui s'agitaient en 1851 sur les projets de réforme hypothécaire.

Le projet soumis par la commission à l'Assemblée législative contenait un article (art. 2130) dont la rédaction était la reproduction exacte de notre art. 2135, et en particulier du n° 2, § 3 ; il exprimait donc, comme ce dernier article, « que la femme n'a hypothèque, pour l'indemnité des dettes contractées avec son mari, *et pour le remploi de ses propres aliénés,* qu'à compter du jour de l'obligation *ou de la vente.* » Eh bien, en présence de cette disposition, M. Rouher propose d'*ajouter* que la femme n'aurait hypothèque, « *pour le prix de ses immeubles dotaux aliénés, que du jour de l'aliénation.* » S'est-on élevé contre cette proposition ? En aucune manière. Personne n'est venu dire que le point était déjà fixé par la disposition relative à l'hypothèque pour remploi des propres aliénés, cette disposition étant générale et applicable à la femme dotale aussi bien qu'à la femme mariée en communauté. Loin de là : la proposition fut renvoyée à la commission, qui même émit tout d'abord un vœu d'adoption. Ainsi, il était reconnu, et, du reste, cela avait été dit dans la discussion, que le § 3 du n° 2 de notre art. 2135 n'avait réglé, quant à la date de l'hypothèque pour le prix des propres aliénés, que le sort de la femme mariée en communauté ; que cette disposition était étrangère à la femme mariée sous le régime dotal ; et c'est précisément parce que le cas n'y était pas prévu, pas plus d'ailleurs que dans le texte correspondant du projet en discussion, que l'on avait proposé d'en faire l'objet d'une disposition additionnelle.

La commission de l'Assemblée revint plus tard, il est vrai, sur l'avis qu'elle avait émis : après un nouvel examen, elle proposa à l'Assemblée le rejet d'une disposition dont elle avait cru d'abord pouvoir proposer l'admission. Mais pourquoi? Fut-elle déterminée par la pensée que la disposition ferait double emploi avec celle qui existait déjà sur l'hypothèque pour remploi des propres aliénés? En aucune manière; et voici, à cet égard, les motifs tels qu'ils furent exposés par M. de Vatimesnil : « Nous ne pouvons pas embrasser tous les cas, toutes les combinaisons diverses qui peuvent résulter de la volonté et des stipulations des parties. Nous sommes donc obligés d'en revenir à cet point : *là où il y aura une créance, il y aura une hypothèque légale à la date de la créance.* Mais quand la créance existera-t-elle et prendra-t-elle naissance? Tout cela dépendra du contrat; ce sont des questions d'application du contrat plutôt que des questions de droit, et nous avons pensé, en y réfléchissant mieux, que le Code civil avait été sage en se bornant à poser le principe que la femme aurait une hypothèque légale toutes les fois qu'elle aurait une créance, et en n'entrant pas dans les détails. — Nous vous proposons, par conséquent, de rejeter l'amendement de M. Rouher, dont, hier, après y avoir moins réfléchi, nous vous avions proposé l'adoption... » Et, sur ces observations, M. Rouher lui-même abandonna son amendement, s'en remettant à la jurisprudence du soin de trancher les questions doctrinales qui résulteraient de la loi, et surtout du soin d'interpréter les contrats de mariage. (Séance du 13 février 1851.)

Ainsi, on pensa que la question soulevée par M. Rouher n'était pas susceptible de recevoir une solution absolue; c'est par ce motif uniquement que l'amendement proposé pour la résoudre législativement fut écarté. Or, en présence de cette discussion, dans laquelle on trouve, nous le répétons, une sorte d'interprétation législative, il est permis de dire plus que jamais qu'on ne saurait appliquer à la femme dotale, pour l'aliénation du fonds dotal faite par le mari, une règle que le § 3 du n° 2 de notre article n'a établie que relativement à la femme commune en biens pour le remploi de ses propres aliénés (1).

768. Cependant la question, comme l'a très-bien dit la commission de l'Assemblée législative, ne comporte pas une solution absolue. Il y a ici diverses hypothèses à prévoir. L'aliénation du fonds dotal peut avoir été autorisée par le contrat de mariage avec convention qu'elle serait consentie par la femme, et, dans ce cas, elle peut avoir été faite par le mari avec ou sans le consentement ou le concours de celle-ci. Il se peut, enfin, que l'aliénation du fonds dotal ait été faite par le mari en violation du contrat de mariage, c'est-à-dire dans le cas où elle n'aurait pas été autorisée par les conventions matrimoniales. La solution que nous avons défendue ne serait pas également admissible dans ces divers cas.

(1) Cette discussion devant l'Assemblée législative, que nous avions déjà invoquée (voy. *Rev. crit.*, loc. cit., p. 394) à l'appui de notre opinion, a été rappelée depuis par M. Troplong, qui n'hésite pas à lui donner la même signification et la même portée (voy. la 5e édit. du *Comm. des Priv. et Hyp.*, t. II, p. 379, à la note).

Nous l'admettons sans difficulté lorsque l'aliénation, autorisée par le contrat de mariage, a été faite par le mari sans le consentement de la femme. Ici surtout, il est vrai de dire que la dot est une charge qui grevait le mari dès l'instant du mariage, et que la transformation qui s'est opérée par l'effet de l'aliénation étant un acte de la gestion du mari, il est nécessaire que la sûreté hypothécaire à laquelle la femme a droit pour la restitution du prix remonte au point de départ de cette gestion, qui est la date même du mariage. Du reste, ce n'est pas dans cette hypothèse que se place l'arrêt de la Cour de Caen dont nous avons critiqué la doctrine; et l'on pourrait dire même que, sur ce point du moins, cet arrêt n'a pas rompu avec les traditions généralement suivies; car, en pressant les termes de la décision, on en ferait aisément sortir l'idée que, dans ce cas particulier, la femme ne serait pas mal venue à prétendre à une hypothèque remontant rétroactivement au jour même du mariage.

769. Nous admettons encore cette rétroactivité dans le cas où l'aliénation du fonds dotal aurait été permise au mari, et aurait été faite par lui avec le consentement ou le concours de la femme. C'est précisément l'espèce qui se présentait devant la Cour de Caen. Sans doute, il semble que ce cas n'est pas sans analogie avec celui où la femme commune en biens consent à la vente de l'un de ses propres, c'est-à-dire avec le cas que prévoit spécialement le § 3, n° 2, de notre article, pour fixer la date de l'hypothèque *au jour de la vente*. Mais, comme le dit M. Rodière dans notre *Traité du Contrat de mariage* (1) : « L'analogie est trompeuse. La femme commune est réputée moins dépendante de son mari que la femme dotale; et, d'un autre côté, l'aliénation d'un propre dont le prix peut devenir pour la communauté une source de gains considérables profite communément beaucoup plus à la première que l'aliénation de l'immeuble dotal ne peut profiter à la seconde. Il est donc tout à fait équitable d'accorder à celle-ci une hypothèque plus avantageuse qu'à celle-là, car il est naturel que les sûretés de la créance soient en raison inverse des avantages que cette créance procure. »

Ajoutons que si cela est équitable et naturel, c'est aussi fort juridique. Remarquons en effet que, dans le cas même où la femme dotale se réserve de consentir à une aliénation que le contrat de mariage autorise sous condition de remploi, la position du mari relativement aux obligations qui le lient vis-à-vis de la femme diffère essentiellement de la position du mari vis-à-vis de la femme commune en biens relativement aux propres de celle-ci. En définitive, si, lorsque le mari de la femme dotale est autorisé à aliéner, même sans le concours de la femme, l'aliénation du fonds dotal qu'il consent est valable par elle-même, sans qu'il soit nécessaire d'y ajouter la ratification de la femme ; le payement du moins n'est pas valable s'il n'est accompagné du remploi. Or ce remploi est prescrit par le contrat de mariage; il est une condition même de l'administration conférée au mari par ce contrat : et c'est en

(1) Voy. *Traité du Contrat de mariage* (t. II, n. 677; 2e édit., t. III, n° 1968).

ceci particulièrement qu'au point de vue qui nous occupe, le cas que nous supposons maintenant, celui où l'aliénation n'est autorisée qu'avec le consentement de la femme dotale, se confond pleinement avec le cas du numéro précédent, où l'aliénation est permise au mari seul. Ici, en effet, il est vrai de dire que le remploi est une obligation corrélative à la faculté accordée par le contrat de mariage, et sans laquelle le mari et la femme ne pourraient pas aliéner : c'est une condition inséparable de la concession par laquelle il est dérogé au principe de l'inaliénabilité dotale, et qui dès lors rentre dans cette administration dont le contrat de mariage est la source, et dont la loi a voulu faire, d'après les Observations du Tribunat, le principe même et le fondement de l'hypothèque légale. Ici, il est vrai de dire encore que cette condition de remploi étant imposée au mari par les conventions matrimoniales, l'inexécution se transforme en une créance ayant sa cause dans ces mêmes conventions, qui se composent dans leur ensemble de toutes les stipulations sous la foi desquelles le mariage a été contracté. Ainsi, nous avons bien cette créance à laquelle l'hypothèque, selon l'expression de M. de Vatimesnil, est corrélativement liée; et dès lors nous pouvons et nous devons conclure que l'inexécution de la condition a sa sanction, non point dans le § 3, mais dans le § 1, n° 2, de notre article, c'est-à-dire dans la disposition qui fixe au jour même du mariage la date de l'hypothèque légale de la femme, à raison de sa dot et de ses *conventions matrimoniales*.

770. Mais si l'aliénation de l'immeuble dotal avait été consentie par le mari en violation du contrat de mariage, c'est-à-dire dans un cas où elle n'aurait pas été autorisée par les conventions matrimoniales, il en serait autrement. La femme pourrait bien, même dans ce cas, exercer l'action révocatoire; mais si, au lieu de prendre ce parti, elle réclamait du mari la restitution du prix, nous disons que la sûreté hypothécaire qui lui est accordée ne remonte pas au delà du jour de l'aliénation. Dans leur théorie absolue, quelques auteurs la font remonter au jour du mariage, même dans cette hypothèse; cela paraît du moins résulter de leur doctrine (1). Mais la femme, dirons-nous avec M. Rodière (2), ne peut être admise à invoquer et à repousser au même moment le système de la dotalité. Sans doute, la vente peut profiter à la femme dotale comme si elle n'était pas mariée sous le régime dotal, mais aux mêmes conditions que si elle n'avait pas embrassé ce régime. Sans cela, on enlèverait toute sécurité aux actes passés avec un mari qui jouit d'une dot immobilière, et l'on favoriserait la fraude, puisqu'il suffirait d'aliéner ensuite la dot pour que la femme pût primer des tiers qui auraient traité avec le mari dans les premiers temps de la célébration, et qui auraient plutôt prévu l'advenance à la femme de quelque succession ou donation qu'ils n'auraient prévu une aliénation illicite de la dot.

(1) Voy. notamment MM. Troplong (n° 589 *bis*); Benech (*De l'Emp. et du Remp.*, n° 111).
(2) Voy. notre *Traité du Contrat de mariage* (t. II, n° 678; 2ᵉ édit., t. III, n° 1969).

Nous ne pouvons que nous associer une fois de plus à cette théorie, qui a été admise par d'éminents jurisconsultes, et que M. Renouard, notamment, résumait en ces termes dans les discussions législatives dont nous avons parlé tout à l'heure : « La vente a-t-elle lieu en vertu d'une permission portée dans le contrat de mariage, l'hypothèque légale de la femme remonte au jour *du contrat de mariage* (au jour du mariage, selon nous); la vente a-t-elle lieu d'une manière illégale, sans autorisation et hors des cas où elle est tolérée par la loi, l'hypothèque légale ne date que *du jour de la vente même*... Je me résume. Il importe au crédit foncier, comme à l'équité et à la justice, que la femme n'ait que l'action révocatoire (l'orateur soutenait un amendement qui réduisait à cette action le droit de la femme) toutes les fois que la vente du bien dotal est illégale; si, au contraire, la vente est autorisée par le contrat de mariage, alors donnez à la femme l'hypothèque légale du jour du contrat de mariage, par la raison toute simple qu'il y a convention matrimoniale, et que la femme serait à la merci de son mari, sans cette hypothèque légale du jour de son contrat de mariage. » (Assemblée législative, séance du 14 février 1851.)

IX. — 771. Nous sommes arrivé au terme de l'énumération faite par notre article, et nous savons maintenant quel est le point de départ ou la date de l'hypothèque attachée à chacune des créances comprises dans l'énumération. Mais, nous le savons aussi, l'énumération n'est pas complète; indépendamment des droits et créances mentionnés, la femme en peut avoir d'autres encore : tels sont l'indemnité des dégradations que le mari aurait commises sur l'immeuble dotal, les sommes substituées dont la femme n'avait que l'expectative, celles provenant de l'exercice d'actions rescisoires, les répétitions à raison des biens paraphernaux, etc.; et nous avons démontré que tous ces droits et créances, pour n'être pas compris dans l'énumération de notre article, n'en sont pas moins garantis par une hypothèque légale, en vertu de la disposition générale de l'art. 2121 (voy. *suprà*, n° 439). Quel sera donc le rang ou la date de cette hypothèque? On avait d'abord imaginé de prétendre, spécialement à l'occasion des créances paraphernales, que si elles ont le bénéfice de l'hypothèque, ce qui même leur a été contesté parfois (voy. *loc. cit.*), elles rentrent du moins dans la loi commune, dans le principe général en matière d'hypothèque, et que, n'étant pas mentionnées dans notre article, elles ne peuvent avoir hypothèque d'une manière utile que par l'inscription et à la date de l'inscription, conformément à l'art. 2134. Toutefois, la jurisprudence a fait promptement justice de cette prétention insoutenable (1); et l'on ne fait plus aujourd'hui difficulté de reconnaître que, mentionnés ou non dans notre article, tous les droits et créances que la femme peut avoir sur son mari sont garantis par une hypothèque, laquelle étant conférée à la femme de plein droit *par la loi* (art. 2121), jouit de toutes les prérogatives attribuées à l'hypothèque *légale* de la femme; et dès lors existe indépen-

(1) Voy. la plupart des arrêts cités plus haut, n° 439.

damment de toute inscription. Mais à défaut de l'inscription, dont cette hypothèque n'a pas besoin pour avoir son rang et sa date, nous avons le principe même qui domine notre article; et, en suivant la donnée de la loi, la donnée dont notre article nous a fourni quelques applications, nous disons encore ici que l'administration du mari est la cause génératrice de l'hypothèque, et que l'existence de l'hypothèque et celle de la créance se trouvant ainsi corrélativement liées, la date de l'hypothèque est précisément celle de la créance.

Ceci posé, venons à l'application.

772. Et d'abord, quant aux créances paraphernales ou extradotales, il en est, à leur égard, comme de celles dont notre article présente l'énumération : la solution ne peut pas être absolue, et les distinctions consacrées par notre article devront nécessairement être suivies par analogie.

Ainsi, s'agit-il de sommes paraphernales reçues par le mari (soit que, renonçant au droit qu'elle a en principe de jouir de ses paraphernaux et de les administrer, la femme ait commis ce soin à son mari par le contrat de mariage ou pendant le mariage, soit que le mari ait reçu sans pouvoir et par un acte de sa seule volonté), quelle sera la date de l'hypothèque ? Quelques auteurs répondent à ceci, d'une manière absolue, que l'hypothèque étant l'accessoire de l'obligation personnelle du mari, elle ne date que de la réception des sommes paraphernales par le mari, puisqu'il ne peut y avoir d'obligation personnelle pour celui-ci que du moment où il a reçu les sommes paraphernales (1). Nous admettons cela, sans doute, si le mari a agi spontanément et sans aucun mandat de la part de sa femme. Dans ce cas, en effet, celle-ci ne saurait prétendre, comme s'il s'agissait de sa dot ou de ses conventions matrimoniales, à une hypothèque remontant à la date du mariage; car elle était administratrice, et il lui appartenait de s'opposer à ce que son mari se substituât à elle et touchât à sa place les sommes ou les valeurs dont elle avait l'administration. Alors il est vrai que l'obligation personnelle du mari n'a commencé qu'au moment où il a reçu les créances paraphernales; et comme l'hypothèque n'a pu prendre naissance avant la créance dont elle est l'accessoire, elle aura son rang et sa date seulement au jour où le mari a reçu.

Mais ce sera tout autre chose si le mari est mandataire de sa femme, soit en vertu du contrat de mariage, soit en vertu d'une procuration donnée au cours du mariage, à l'effet de recevoir ses deniers pour en rester dépositaire et les administrer ou pour en faire le placement : et c'est en ceci que la solution proposée par les auteurs auxquels nous faisons allusion est trop absolue. Le sens intime dit en effet que, dans ce cas, l'hypothèque doit remonter à la date du mandat ou de la procuration, parce que, à partir du jour où la femme s'est déchargée de l'administration qu'elle avait elle-même, cette administration a passé sur la tête du mari, qui désormais est comptable. L'hypothèque remontera

---

(1) Voy. notamment M. Troplong (n° 590). — Voy. aussi M. Grenier (t. I, p. 497).

donc, soit au jour du mariage, soit au jour du mandat, suivant l'hypothèse, et cela quelle que soit l'époque à laquelle les sommes paraphernales auront été touchées par le mari (1).

Toutefois, s'il s'agissait de sommes paraphernales comprises dans des successions échues à la femme ou dans des donations à elle faites au cours du mariage, il y aurait lieu tout naturellement d'appliquer le § 2 du n° 2 de notre article, et l'hypothèque légale de la femme, à raison de ces sommes, n'existerait, conformément à cette disposition de notre article, qu'à compter de l'ouverture des successions ou du jour que les donations auraient eu leur effet (2). Si telle est la règle établie par la loi elle-même pour les sommes dotales, à plus forte raison doit-ce être la règle pour les sommes paraphernales sur lesquelles la protection de la loi s'étend avec moins de faveur.

773. S'agit-il de l'indemnité des dettes contractées par la femme paraphernale avec son mari et pour le compte de ce dernier ou du prix de ses biens aliénés, on suivra, par analogie, la règle posée dans le § 3, n° 2, de notre article, et l'on donnera pour date à l'hypothèque le jour de l'obligation ou celui de la vente. C'est la solution qui tend à prévaloir; toutefois elle n'est pas admise sans difficulté. On a prétendu, en effet, que la date de l'hypothèque devrait être placée au jour où la femme viendrait à acquitter l'obligation contractée par elle avec son mari, ou à celui où le mari aurait reçu le prix des paraphernaux aliénés. C'est notamment la doctrine de la Cour de Montpellier (3), qui l'adopte formellement dans ce dernier cas. En outre, elle s'induit de l'opinion de ceux qui, sur la question plus générale de savoir si l'art. 1450 est applicable au cas de paraphernalité dans la disposition qui rend le mari garant du défaut de remploi lorsque la vente a été faite en sa présence ou de son consentement, se prononcent pour la négative (4); puisque, se prononcer en ce sens, c'est dire par cela même que l'obligation du mari ne pourra naître que du jour où il touchera le prix de la vente, et, par une conséquence ultérieure et nécessaire, que l'hypothèque, accessoire de la créance, ne pourra pas naître auparavant. Seule, la Cour de Toulouse est tombée dans cette inconséquence de décider, d'une part, que la disposition de l'art. 1450 du Code civil n'est pas applicable au prix des paraphernaux, et, d'une autre part, que cependant la date de l'hypothèque légale de la femme, pour le remploi de ses paraphernaux, ne doit pas être fixée au jour où le mari a touché le prix, mais qu'elle doit remonter au jour de la vente (5).

---

(1) C'est l'opinion exprimée par M. Rodière dans notre *Traité du Contrat de mariage* (t. II, n° 732; 2e édit., t. III, n° 2029). C'est aussi celle de M. Zachariæ (t. II, p. 130). Elle a été consacrée, par la chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 4 février 1868 (*J. Pal.*, 1868, p. 268; S.-V., 68, 1, 113; Dall., 68, 1, 57). — Voy. encore Req., 4 janv. 1815 et 27 juill. 1826.

(2) Voy. Caen, 18 août 1871 (S.-V., 72, 2, 273; *J. Pal.*, 1872, p. 1076).

(3) Voy. Montpellier, 3 juill. 1849. Mais c t arrêt a été cassé par celui de la Cour de cassation, du 27 avril 1852, cité à l'une des notes qui suivent.

(4) Voy. MM. Favart (v° Rég. dotal, § 4, n° 1); Seriziat (n° 347); Benoît (*Des Paraph.*, n° 238); Odier (nos 988 et 1472).

(5) Voy. les arrêts de cette Cour des 13 avr. 1829, 15 mai 1834, 27 mars 1840 (S.-V., 40, 2, 304).

Quant à nous qui pensons, avec la majorité des auteurs et avec la jurisprudence dominante, qu'il y a dans l'art. 1450 une disposition applicable même aux cas de séparation contractuelle et de paraphernalité (1), nous disons, par voie de conséquence, que l'hypothèque de la femme, pour le remploi de ses paraphernaux aliénés, n'a et ne peut avoir pour date que celle du jour de l'aliénation, parce que le mari ayant pris dès ce jour l'obligation de veiller au remploi, c'est ce jour même que s'est produite la cause génératrice de l'hypothèque. Ainsi s'est prononcée la Cour suprême en cassant l'arrêt de Montpellier, qui avait jugé le contraire; et la Cour de Paris, saisie de l'affaire sur le renvoi prononcé par la Cour de cassation, a suivi la même voie (2).

774. Enfin, s'agit-il des dommages que la femme paraphernale aurait à répéter contre son mari pour le fait ou la négligence de celui-ci, spécialement à raison de dégradations commises ou du défaut d'entretien d'un immeuble paraphernal dont le mari avait la jouissance, ou de prescriptions qu'il aurait laissé s'accomplir, l'hypothèque aura sa date au jour même du préjudice, à moins que ce préjudice ne se rattache à un mandat que le mari aurait reçu de sa femme, auquel cas l'hypothèque remonterait à la date du mandat.

775. Quant aux créances dotales autres que celles qui se trouvent comprises dans l'énumération de notre article, on pressent ce qu'elles peuvent être : ce sont les indemnités dues à la femme à raison des dégradations que le mari aurait commises sur l'immeuble dotal; les sommes substituées dont la femme n'avait que l'expectative, mais dont le montant a pu aisément être connu des tiers; le prix de réméré touché par le mari par suite de l'exercice du pacte de rachat dont était grevé un immeuble compris dans la constitution dotale de la femme; les sommes reçues par le mari par suite d'actions rescisoires existant déjà lors du mariage et qui étaient comprises dans la dot; etc. La date de l'hypothèque attachée à ces diverses créances remonte à la date même du mariage. C'est la solution donnée dans notre *Traité du Contrat de mariage* (3); elle est généralement adoptée, et cela devait être, puisque tous les faits, tous les agissements d'où ces créances procèdent, rentrent dans l'administration du mari, laquelle a son point de départ au jour même du mariage (4).

Il y a cependant quelques points sur lesquels la solution a été exceptionnellement contestée, soit par des auteurs, soit devant les tribunaux.

776. Ainsi, d'une part, dans une espèce où il s'agissait, sinon de la

---

(1) C'est l'opinion qui a été soutenue dans notre *Traité du Contrat de mariage* (2e édit., t. III, ch. 3, sect. 20, § 5). Voy. encore, dans ce sens, Marcadé (art. 1540, no 3); Bellot (t. IV, p. 302); Zachariæ (t. III, p. 610); Taulier (t. V, p. 585); Benech (*De l'Empl.*, p. 363-376); Troplong (*Contr. de mar.*, no 1459); Aubry et Rau (t. II, p. 700, texte et note 72; 4e édit., t. III, p. 245, no 79). — Voy. aussi Besançon, 27 févr. 1811; Poitiers, 24 juin 1831; Cass., 27 avr. 1852; Paris, 7 mai 1853 (S.-V., 52, 1, 401; 53, 2, 351; *J. Pal.*, 1852, t. I, p. 550; 1854, t. I, p. 158; Dall., 52, 1, 162).

(2) Voy. les arrêts des 27 avr. 1852 et 7 mai 1853, cités à la note précédente.

(3) *Traité du Contrat de mariage* (1re édit., t. II, no 676; 2e édit., t. III, ch. 3, sect. 19). Voy. aussi MM. Aubry et Rau (t. II, p. 697; 4e édit., t. III, p. 242).

(4) Req., 27 déc. 1859 (*J. Pal.*, 1860, p. 731; S.-V., 61, 1, 87; Dall., 60, 1, 106).

dégradation d'immeubles dotaux, au moins de la dissipation d'effets mobiliers que la femme s'était constitués en dot, et dont elle s'était réservé la propriété par une stipulation particulière de son contrat de mariage, on a soutenu, devant le Tribunal de la Seine, et, plus tard, en appel, devant la Cour de Paris, que l'hypothèque de la femme ne devait avoir sa date qu'au jour où les effets mobiliers avaient été dissipés, bien qu'ils eussent été mis à la disposition du mari le jour même du mariage. On invoquait à l'appui de cette prétention la disposition de notre article qui fixe *au jour de la vente* l'hypothèque de la femme pour le remploi de ses propres aliénés. Mais l'argument était sans valeur, par un double motif. D'abord et en droit, la disposition invoquée est faite, comme nous venons de l'établir (voy. nº 767), en vue du régime de la communauté, et dès lors elle n'est pas opposable à la femme dotale. Ensuite et en fait, la disposition prévoit spécialement le cas d'*aliénation* des biens de la femme, et, fût-elle opposable à la femme dotale, elle ne saurait du moins lui être opposée lorsque l'action hypothécaire est exercée à raison de la *perte* ou de la *dissipation* de la dot, ce qui en aucune façon ne constitue une *aliénation* dans le sens de notre article. — En définitive, la dot mobilière avait été livrée au mari le jour même du mariage. C'est donc à partir de ce jour que le mari en était devenu responsable. La réserve que la femme avait faite en sa faveur du droit de propriété ne changeait rien à cela, dès que le mari, en dissipant la dot mise à sa disposition dès le jour du mariage avait rendu cette réserve illusoire et vaine. La seule disposition applicable était donc celle du § 1, nº 2, de notre article, qui fixe au jour du mariage l'hypothèque de la femme, à raison de sa dot et *des conventions matrimoniales*. Ainsi en ont pensé le Tribunal de la Seine et la Cour de Paris (1).

777. D'une autre part, quelques auteurs, et même parmi les plus accrédités, assimilant, quant à la nature du droit, les actions rescisoires comprises dans la dot aux successions échues ou aux donations faites à la femme durant le mariage, enseignent que l'hypothèque de la femme, pour sûreté des sommes provenant de l'exercice de ces actions, ne date que du jour où les sommes ont été reçues par le mari. Voici, à cet égard, l'espèce proposée par M. Troplong, qui, d'accord avec M. Grenier, défend cette solution : « Une femme s'est constitué tous ses biens présents et à venir. Elle possède, au moment du mariage, une somme de 50000 francs qui lui était advenue par suite d'un partage avec son frère. Mais, quelque temps après, la femme s'aperçoit qu'elle a été lésée, et, par une action en rescision, elle force son frère à lui payer un supplément de 40000 francs. » L'auteur se demande ensuite si l'hypothèque pour cette dernière somme, qui est incontestablement dotale, remontera *au contrat de mariage* (on a vu plus haut, nº 753, que c'est *au jour du mariage* qu'il faudrait dire); et il continue en ces termes : « Oui, sans doute, d'après l'ancienne jurisprudence. Mais si je prends

(1) Voy. Paris, 9 févr. 1856 (*J. Pal.*, 1856, t. I, p. 131; Dall., 56, 2, 95; S.-V., 56, 2, 368). *Junge :* MM. Aubry et Rau (*loc. cit.*); Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. V, p. 166, note 22).

pour boussole les deux exemples que le Code civil a précisés dans notre article (les successions et les donations échues à la femme depuis le mariage), je vois qu'il est dans l'esprit du législateur de faire dépendre la date de l'hypothèque de la femme, *pour ses droits éventuels,* du moment seul où le mari en est réellement investi, et je pense, par conséquent, que l'hypothèque, dans le cas posé, ne datera que du jour de la réception. » (1)

Nous maintenons, au contraire, que l'hypothèque, dans l'espèce proposée, remonte au jour du mariage, et nous croyons, avec M. Rodière (2), qu'assimiler le cas indiqué au cas de successions échues ou de donations faites à la femme depuis le mariage, c'est assimiler un *droit* à une simple *espérance.* Ajoutons que c'est aussi perdre de vue et méconnaître le principe même de notre article, la règle dont il nous a donné quelques applications. L'administration du mari est le seul fondement de l'hypothèque attribuée à la femme; voilà la pensée fondamentale de la loi; c'est là réellement le principe qu'il faut prendre pour guide et pour boussole. Or, fixer le point de départ de l'hypothèque, à raison des sommes dotales provenant de successions ou de donations, ainsi qu'il a été fixé par le législateur, c'est faire une application très-exacte de ce principe, puisque ces sommes ne peuvent pas tomber sous l'administration du mari avant que les successions soient ouvertes ou que les donations aient leur effet. Mais c'est le fausser assurément que donner le jour de la réception des deniers pour point de départ à l'hypothèque des sommes résultant de l'exercice d'une action rescisoire *comprise dans la dot,* puisque c'est évidemment au jour du mariage que l'intérêt et le droit de la femme ont été placés sous la main du mari et confiés à ses soins et à sa vigilance (3).

D'ailleurs, nous supposons l'action rescisoire comprise dans la dot. Si elle se rattachait à une succession que la femme aurait recueillie au cours du mariage, l'hypothèque de la femme, à raison des sommes provenant de l'exercice de l'action, n'aurait pour date que le jour de l'ouverture de la succession.

X. — 778. En terminant sur la date et le rang de l'hypothèque légale de la femme, nous retrouvons ces conventions qui, sous la dénomination de subrogation ou renonciation à l'hypothèque légale, sont entrées si avant dans les habitudes de la pratique, et dont nous avons longuement étudié plus haut, nos 449 et suivants, la nature, le caractère et les effets. La question qui s'est posée tout d'abord, et qui maintenant est législativement résolue, a été de savoir si ces conventions, en transmettant aux créanciers l'hypothèque légale de la femme, leur transmettaient également les prérogatives dont jouit cette hypothèque, et spécialement celle d'exister, indépendamment de toute inscription, même au profit du créancier subrogé. Il faut voir quel était, à cet égard,

---

(1) Voy. M. Troplong (n° 587). — *Junge :* M. Grenier (t. I, n° 233).
(2) Voy. notre *Traité du Contrat de mariage* (*loc. cit.*, à la note).
(3) Voy., en ce sens, MM. Dalloz (*Priv. et Hyp.*, p. 134, n° 8); Zachariæ (t. II, p. 130); Duranton (t. XX, n° 22 *bis*); Aubry et Rau (*loc. cit.*, et note 65; 4e éd., *loc. cit.*, et note 72).

l'ancien état de choses, et ce qu'est aujourd'hui l'état de choses créé par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription.

779. Le créancier subrogé à l'hypothèque légale de la femme a eu toujours un intérêt puissant à faire connaître son droit : nous en avons déjà indiqué les motifs (voy. n° 466); c'est que, faute par le créancier de porter son droit à la connaissance des tiers, les immeubles pouvaient sortir, à son insu, des mains du mari, sans que, vis-à-vis de lui subrogé, les tiers acquéreurs fussent tenus en aucune manière. C'est pour cela que, même avant la loi de 1855, il était d'usage que le créancier inscrivît à son profit ou dans la mesure de son droit l'hypothèque légale de la femme par laquelle il était subrogé. Toutefois, nous l'avons fait remarquer aussi, il n'était pas obligé de le faire; et la jurisprudence, prenant comme *transmissible* cette dispense d'inscription dont jouit l'hypothèque légale de la femme, et étendant jusqu'au créancier une faveur qui par sa nature aurait dû être toute personnelle (voy. *suprà*, n° 739), la jurisprudence tenait que, toutes choses étant entières, le créancier subrogé dans l'hypothèque légale de la femme était, comme celle-ci, dispensé de s'inscrire; qu'entre les créanciers subrogés, la préférence se réglait par la date des subrogations (1); et que les formalités de la purge indiquées par l'art. 2194 avaient seules pour effet de mettre la femme et ses créanciers subrogés en demeure de prendre inscription : puis, si l'inscription était requise alors, en temps utile, au nom de la femme, elle profitait à tous les créanciers subrogés dans l'ordre de leurs subrogations; il n'y avait difficulté et controverse que lorsque l'inscription était prise par un subrogé en son nom, les uns prétendant qu'en ce cas l'inscription profitait seulement au créancier qui l'avait requise, d'autres soutenant qu'elle profitait à la femme aussi bien qu'au créancier subrogé (2).

Mais, sauf en ce dernier point, sur lequel nous aurons à insister bientôt (voy. *infrà*, n°s 800 et suiv.), cette jurisprudence est maintenant sans objet en présence de la loi sur la transcription. Cette loi s'exprime, en effet, en ces termes par son art. 9, dont il importe de

---

(1) *Conf.* M. Troplong (n° 609). — C'est un point consacré par de nombreux arrêts Voy. notamment Req., 13 nov. 1854; Rej., 9 mai 1860; Metz, 22 janv. 1856; Paris, 8 janv. et 23 mars 1859; Rennes, 21 juill. 1858 (S.-V., 54, 1, 193; 60, 1, 613; 59, 2, 65; *J. Pal.*, 1859, p. 113, 142 et 367; 1860, p. 981; Dall., 56, 2, 152; 59, 2, 65; 60, 1, 217). La Cour de Lyon a fait une application spéciale de ce point de jurisprudence dans un arrêt duquel il résulte qu'au cas où il existe plusieurs subrogations à des dates différentes, le créancier premier subrogé ne saurait être primé par le second, sous prétexte que les créances de la femme, à raison desquelles s'exerce le droit d'hypothèque légale, sont postérieures au premier acte de cession de cette hypothèque. Lyon, 28 août 1857 (S.-V., 57, 2, 671).

(2) Nous trouvons des traces de cette controverse dans l'espèce d'un arrêt qui, en proclamant la nécessité pour le créancier subrogé de s'inscrire dès qu'il est interpellé par les notifications de la purge, infirme le jugement rendu par le Tribunal de première instance, lequel avait décidé que lorsque l'hypothèque légale de la femme est inscrite par un créancier subrogé, l'inscription profite non-seulement au créancier qui l'a faite, mais encore à la femme elle-même, et, par suite, aux autres créanciers subrogés. Colmar, 26 mai 1857 (*J. Pal.*, 1857, p. 476). Voy. aussi Paris, 27 févr. 1857 (S.-V., 57, 2, 283). Mais nous revenons plus loin (n°s 799 et suiv.) sur la question résolue par ces arrêts.

rappeler ici la disposition : « Dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer, cette cession ou cette renonciation doit être faite par acte authentique, et les cessionnaires n'en sont saisis, à l'égard des tiers, que *par l'inscription de cette hypothèque prise à leur profit, ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante.* Les dates des inscriptions ou mentions déterminent l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu des cessions ou renonciations exercent les droits hypothécaires de la femme. » Ainsi, par l'effet de cette disposition, il en est aujourd'hui de l'hypothèque légale de la femme comme il en a été toujours de celle du mineur ou de l'interdit : l'exception en vertu de laquelle cette hypothèque existe indépendamment de toute inscription est une faveur toute personnelle dont la femme seule désormais est appelée à jouir, et qu'elle ne transmet pas à ses créanciers en les subrogeant dans son hypothèque légale.

Sur ce, nous avons quelques points importants à préciser : il faut dire, en effet, quelle est la forme en laquelle doit se produire la publicité imposée par la loi de 1855, quel est précisément l'objet de cette publicité, et quels en doivent être les effets au moins quant au droit de préférence, seul point dont nous ayons à nous occuper dans le commentaire de notre art. 2135.

780. Quant à la forme, nous ne voulons pas anticiper sur les observations qui se rattachent d'une manière toute spéciale au chapitre suivant, lequel traite *Du mode de l'inscription des Priviléges et Hypothèques* (art. 2146 et suiv.); nous ne toucherons donc ici qu'à la constatation même, c'est-à-dire au fait matériel qui tend à rendre publiques les subrogations dans l'hypothèque légale de la femme.

Là-dessus nous remarquons que l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 indique deux formes distinctes : l'*inscription* et la *mention*. Ces deux formes doivent-elles nécessairement concourir? ou bien sont-ce des formes équivalentes, ayant chacune la même valeur, et destinées à être employées distinctement l'une et l'autre dans des situations différentes? C'est une première difficulté sur laquelle les commentateurs de la loi ne présentent pas, à notre avis, des idées bien nettes, et qui se résout, cependant, par l'historique de la loi et par ses propres termes.

Constatons, en effet, que, toute nouvelle qu'elle soit, la disposition précitée n'est pas sans quelques précédents auxquels on puisse la rattacher. Elle découle très-directement des projets de réforme élaborés de 1849 à 1851. La pensée première des projets de l'époque fut, comme nous l'avons dit plus haut (voy. n° 738), de soumettre les hypothèques légales à la règle générale de la publicité; et le projet présenté par le gouvernement était, en effet, rédigé en ce sens. Dans ce système, le moyen le plus sûr et le meilleur pour rendre la subrogation publique et consolider la cession sur la tête du subrogé, c'était de la constater par une mention faite en marge de l'inscription qui aurait dû être prise pour la femme : aussi est-ce le moyen que consacrait le projet du gouvernement (art. 2127) ; et l'Assemblée législative l'avait également admis dans l'art. 2115 de son premier projet, où on lit que le subrogé ne se-

rait saisi de la cession de l'hypothèque légale *que par la mention faite en marge de l'inscription de la femme.*

Mais les idées ne tardèrent pas à se modifier, et l'on sait que, dès la première délibération, l'Assemblée législative, revenant à la pensée du Code, voulut que l'hypothèque légale de la femme demeurât dispensée d'inscription, et que, par suite, le projet reparût, à la seconde lecture, avec un art. 2130, dans lequel se trouvait reproduite la dispense d'inscription consacrée par notre art. 2135. Or il était arrivé que l'on avait omis de faire à l'art. 2115 de ce projet une modification corrélative à celle que le principe venait de subir : la mention en marge de l'inscription y restait seule indiquée comme moyen de saisir le créancier subrogé, et de rendre publique la subrogation qu'on ne voulait pas faire jouir de la dispense d'inscription accordée à l'hypothèque elle-même. C'était une lacune que signalèrent les délégués des notaires, lesquels firent remarquer que l'hypothèque légale de la femme devant rester dispensée d'inscription, il convenait de consacrer, en faveur des subrogés, le droit de requérir une inscription à leur profit, et demandèrent en conséquence qu'après ces mots de l'art. 2115 du projet : « en marge de l'inscription de la femme », l'on ajoutât ceux-ci « *ou par une inscription directe à leur profit.* » Et la commission de l'Assemblée législative, acceptant cette pensée sans réserve, l'avait traduite en ces termes dans l'art. 2148 du projet préparé pour la troisième délibération : « La femme peut, par acte notarié, céder son hypothèque légale, y subroger ou y renoncer en faveur d'un tiers, sous la restriction déterminée par l'art. 2104. — Celui au profit duquel a été faite la cession, subrogation ou renonciation, prévue par le paragraphe précédent, n'est saisi, à l'égard des tiers ayant des droits du chef de la femme, *que par la mention de ladite cession, subrogation ou renonciation, en marge de l'inscription de l'hypothèque légale,* SI ELLE A ÉTÉ PRISE; *et, si* CETTE INSCRIPTION N'EXISTE PAS, *par l'énonciation du droit qu'il tient de la femme, soit dans l'inscription de sa propre créance contre le mari, soit dans une inscription spéciale.* — Entre plusieurs ayants cause de la femme, la préférence est déterminée par les dates des *mentions* ou *inscriptions.* »

Eh bien, c'est la pensée de cet article, sinon sa rédaction même, que les auteurs de la loi du 23 mars 1855 ont voulu reproduire; et ils ont pris soin de le dire, car l'exposé des motifs constate que la loi n'a eu pour but que *de sanctionner les dispositions qui, en* 1851, *avaient été accueillies d'un commun accord,* et que tout ce qu'on a voulu exiger, en ce qui concerne les cessionnaires, *c'est la publicité de l'hypothèque.*

N'y eût-il que cela, notre question serait résolue. Il est bien évident, en effet, que le projet préparé en 1851 prévoyait deux hypothèses distinctes, lesquelles y sont nettement précisées : l'une, celle où l'inscription de l'hypothèque légale *aurait été prise,* auquel cas le cessionnaire *ne pouvait être saisi que par une mention en marge de l'inscription;* l'autre, celle où l'inscription *n'existerait pas,* auquel cas le cessionnaire avait le droit de prendre *une inscription spéciale.* C'étaient donc là deux

formes distinctes, parallèlement établies en vue de situations différentes et ayant chacune isolément sa valeur propre dans l'hypothèse particulière pour laquelle elle était établie. Or, les rédacteurs de la loi de 1855 ont dit que leur but unique a été de sanctionner les dispositions projetées en 1851. Donc, ce rapprochement à lui seul permettrait de conclure que, sous la loi de 1855, la publication de la subrogation n'a pas besoin du concours des deux formes, pas plus qu'elle n'en aurait eu besoin en 1851, si les projets de l'époque eussent pu être érigés en loi.

Mais nous avons mieux que ce simple rapprochement : nous avons le texte même de la loi nouvelle, dans laquelle il faut voir ce qui s'y trouve en réalité. Or, qu'y trouve-t-on? Une alternative. La loi, s'inspirant des doctrines qu'une discussion appuyée sur les données de la pratique faisait prévaloir en 1851, emprunte au projet proposé pour la troisième délibération de l'Assemblée législative cet art. 2148 dont nous avons rappelé les termes; et, suivant l'économie de cet article, elle distingue aussi deux cas, sauf cette modification que, se plaçant mieux dans la vérité des faits, elle prend l'ordre inverse de celui qui avait été suivi par la commission de l'Assemblée législative, et met sur le premier plan celui des deux qui se produit le plus habituellement. Ou l'hypothèque légale n'est pas inscrite, dit-elle, et alors le subrogé en requerra l'*inscription à son profit;* ou bien l'inscription de l'hypothèque légale a été requise et existe déjà, et alors il *suffira,* pour que le cessionnaire soit saisi à l'égard des tiers, qu'il *fasse mention* de sa subrogation en marge de cette inscription préexistante. C'est, on le voit, la théorie du projet de 1851, à cela près que, moins absolue que le projet de 1851, la loi de 1855, tout en admettant que cette dernière hypothèse seule donnera lieu à la *mention en marge,* ne dit pas, comme le projet de 1851, que le cessionnaire n'aura pas d'autres moyens de rendre sa subrogation publique, et que, même dans ce cas, elle n'exclut pas le droit pour le créancier de prendre une inscription à son profit, s'il l'aime mieux. Mais, sauf cette modification (à tous égards utile, puisque le créancier peut ignorer s'il existe une inscription de l'hypothèque, ou encore, puisque cette inscription, si elle existe, pourrait être faite irrégulièrement), le principe est le même; et le texte indique nettement que le créancier satisfait à l'obligation de rendre la cession publique en employant, non pas les deux moyens à la fois, mais seulement l'un ou l'autre, suivant que l'inscription de l'hypothèque légale existe déjà ou n'existe pas.

Ce n'est pas ainsi pourtant que l'ont entendu plusieurs des commentateurs de la loi nouvelle. Les uns, prenant la mention dont il est question dans l'art. 9 comme une formalité nécessaire dans toutes les hypothèses, ont dit que rien, pas même l'inscription prise en son nom par le créancier subrogé, ne peut suppléer la mention en marge de l'inscription de la femme (1); d'autres, formulant la même pensée et la préci-

(1) Voy. M. Mourlon (*Rev. prat. de droit franç.*, t. I, p. 89 et suiv.).

sant, ont supposé que désormais le subrogé aura deux formalités à remplir, deux formalités tellement liées entre elles que la première, qui consiste dans l'inscription à prendre par le subrogé à son profit, serait le moyen de parvenir à la seconde, consistant dans la mention de la cession en marge de l'inscription de la femme (1). Mais c'est là une exagération avec laquelle on détruit la loi dans son économie même : car, il faut bien le remarquer, l'art. 9 ne dit pas, comme on le suppose et comme on doit le supposer dans ce système, que la subrogation sera rendue publique par une *inscription* ET *par une mention* en marge de l'inscription de l'hypothèque légale; mais, reprenant et reproduisant l'alternative que l'Assemblée législative avait posée dans l'art. 2148 de son projet de 1851, il dit que les cessionnaires seront saisis par l'*inscription prise à leur profit,* c'est-à-dire dans la mesure de leur créance, OU par la *mention* de la subrogation en marge de l'inscription préexistante. Nous écartons donc la théorie indiquée, et avec d'autant plus de raison que, prise en son entier, elle a ceci de particulièrement exagéré qu'elle conduit à l'obligation, pour le cessionnaire, d'inscrire l'hypothèque légale de la femme, dans le cas où l'inscription n'aurait pas été prise au nom de celle-ci : ce qui est l'interdit mis sur tous les biens du mari dans l'intérêt, non plus de la femme, mais d'un subrogé, et souvent pour une somme de peu d'importance!

Tenons-nous-en donc au texte de la loi; reconnaissons qu'elle a prévu deux cas distincts, et gardons-nous de les confondre en faisant une disposition absolue, dirimante et exclusive, de ce qui, dans son esprit comme dans son texte, n'est que l'un des côtés, et même le côté secondaire de l'alternative qu'elle présente.

XI. — 781. Nous avons supposé jusqu'ici le cas tout simple où le cessionnaire n'a d'autre droit que celui résultant de l'hypothèque légale à laquelle il a été subrogé dans la mesure de sa créance. Mais il faut aller plus avant et prendre l'hypothèse plus compliquée (c'est d'ailleurs celle qui se réalise habituellement) où le créancier a obtenu, pour sûreté de la somme par lui prêtée, d'abord une hypothèque conventionnelle sur les biens immeubles du mari ou de la communauté, et, en outre, la garantie de la femme qui, en s'obligeant solidairement, a cédé au créancier les droits et reprises qu'elle peut avoir à exercer contre son mari et l'a subrogé dans son hypothèque légale jusqu'à concurrence de la somme prêtée. Comment cette affectation hypothécaire consentie par le mari, et la subrogation accessoirement accordée par la femme, devront-elles être rendues publiques?

La pratique, à laquelle, ainsi que nous l'avons fait remarquer plus haut (n° 449), est due cette invention de la subrogation dans l'hypothèque légale de la femme, avait avisé aussi au moyen le meilleur et le plus sûr de donner à la convention une publicité qui, dans l'hypothèse où nous nous plaçons maintenant, était, non pas utile seulement, mais nécessaire à raison de l'hypothèque conventionnelle avec laquelle con-

(1) C'est le langage de M. Troplong (*De la Transcr.*, nos 321, 340).

court ici la subrogation dans l'hypothèque légale. Dans cette vue, les praticiens avaient imaginé un système d'*inscription* et de *mention* collectives et simultanées, lequel était profondément entré dans les habitudes et avait été sanctionné par une jurisprudence constante jusqu'au jour où la Cour de cassation en a soudainement, par un arrêt du 4 février 1856, contesté la légalité. Nous croyons qu'en ceci la Cour suprême s'est méprise; notre conviction très-intime est que le moyen condamné suffisait à toutes les conditions de la publicité, et que, même après la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, il répondrait encore à toutes les exigences de cette loi. C'est ce que nous essayerons de démontrer.

Avant tout, précisons bien le moyen que l'arrêt précité a cru devoir proscrire. Il consiste, avons-nous dit, en une inscription et une mention faites simultanément; et il était communément désigné sous l'appellation de *mention de subrogation*. Pourtant, il ne faudrait pas le confondre avec d'autres *mentions de subrogation*, usitées encore aujourd'hui, qui s'étaient produites dans la pratique avant même que les subrogations à l'hypothèque légale de la femme fussent connues, mais qui se lient à d'autres conventions que celles dont il s'agit ici. Il y a là, sous une dénomination commune, des choses essentiellement différentes, des moyens de procéder qui se distinguent par la forme même et aussi par l'objet. Ceci est important à noter; et il faut se pénétrer des différences qui existaient entre les deux moyens pour ne pas tomber dans la confusion que n'ont pas évitée nombre de décisions dont nous aurons à nous occuper.

782. Les mentions de subrogations autres que celles qui doivent spécialement faire ici l'objet de nos observations s'appliquent aux subrogations dans les droits résultant des hypothèques *ordinaires :* elles ont reçu cette dénomination après coup et à la suite de modifications qui se sont successivement introduites dans la forme au moyen de laquelle la subrogation devait recevoir la publicité. Ainsi, à l'origine, le créancier subrogé à une hypothèque présentait des bordereaux semblables à ceux dont il est question à l'art. 2148 (voy. *infrà* le commentaire de cet article), et requérait à la fois *inscription* et *mention* de la subrogation. L'inscription à laquelle ces bordereaux donnaient lieu alors faisait double emploi avec celle du subrogeant, si celle-ci préexistait sur les registres : il en pouvait résulter un certain embarras et de la confusion sur les états d'inscription; et, en outre, le subrogé, qui pouvait bien donner mainlevée de la seconde inscription, ne pouvait, sans justifier de ses droits à la première, en obtenir la radiation. Ce fut pour obvier à cela, par mesure d'ordre et pour simplifier, que, plus tard, sans prendre une inscription séparée, on demanda au conservateur, en lui remettant copie du titre constatant la subrogation, de certifier en marge de l'inscription préexistante que le bénéfice en avait passé en tout ou en partie de l'ancien titulaire au nouveau, ce que le conservateur ne put faire sans exiger toutes les justifications propres à mettre sa responsabilité à couvert. C'est ce mode de procéder précisément, lequel est organisé par

diverses instructions de l'administration de l'enregistrement (1), qui a reçu, dans la pratique, la dénomination de *mention de subrogation*. Du reste, nous le répétons, il est usité encore aujourd'hui, soit que le subrogé prenne une inscription en renouvellement, soit qu'il n'en prenne pas; et il a son avantage en ce que le changement opéré dans les droits du titulaire se trouvant constaté en marge de l'inscription, celui-ci est empêché de donner mainlevée de cette inscription au préjudice de son subrogé.

Quant aux mentions de subrogation dans l'hypothèque légale, c'était tout autre chose. — D'abord, nous ne trouvons plus les deux phases distinctes que nous venons de signaler dans le mode de procéder. C'est que l'hypothèque légale n'étant presque jamais inscrite, le premier des deux modes indiqués a pu se maintenir et s'est maintenu sans embarras ni difficulté : c'est donc *par un bordereau* que l'on a constamment requis *mention de la subrogation*, non point en marge d'une inscription préexistante (puisque en fait et généralement aucune inscription ne préexistait), mais *sur les registres du conservateur*. — Ensuite, la mention avait un tout autre objet : c'est évident, puisque, le bordereau contenant une simple allégation sans justification restant aux mains du conservateur (art. 2150), celui-ci, qui doit faire mention du contenu au bordereau, aurait été contraint, par une simple allégation, de constater sur son registre que l'ancien titulaire avait perdu ses droits à l'inscription. Quel était donc l'objet précis de la réquisition? Évidemment, de procurer au créancier l'*inscription* même de son droit.

Et en effet, il est constant que cette mention de la subrogation *sur les registres* était prise comme remplaçant l'inscription de l'hypothèque légale elle-même; et que ce moyen une fois mis en œuvre, les créances protégées par l'hypothèque légale étaient considérées comme inscrites dans la mesure des droits du subrogé. La preuve de ceci, d'ailleurs, est toute faite dans les formulaires donnés, notamment depuis l'année 1824, par les ouvrages spéciaux : on y voit que le créancier qui a pour garantie une hypothèque conventionnelle et une subrogation dans l'hypothèque légale satisfait à toutes les conditions de publicité lorsqu'il comprend les deux hypothèques dans la même inscription, et se borne à requérir, pour l'hypothèque légale, *mention de la subrogation sur les registres du conservateur* (2). Nous remarquons même, dans un journal spécial, un arrêt de la Cour de Paris qui aurait déclaré un conservateur responsable envers le créancier pour n'avoir pas porté, sur un état par lui délivré, une hypothèque inscrite dans la forme que nous venons d'indiquer (3).

783. Aussi ce moyen de l'*inscription* et de la *mention* collectives, que la pratique avait imaginé, a-t-il été accepté et s'est-il maintenu

(1) Voy. 22 vent. an 10, 30 juin 1828, n° 123. — M. Baudot (*Formal. hyp.*, n°s 738 et suiv.).
(2) *Dict. du not.*, 2e édit. (v° Inscript. hyp., p. 424); *Dict. du not.*, 3e édit. (*eod. verb.*, formule XI); MM. Ed. Clerc et Dalloz (*Man. du not.*, part. 1, p. 67).
(3) Paris, 18 nov. 1839 (*J. des conserv.*, art. 89).

longtemps sans que l'idée soit venue à personne de prétendre qu'il est insuffisant au point de vue de la publicité du droit concédé au créancier subrogé. La première trace que l'on trouve, dans la jurisprudence, de cette idée que le moyen serait insuffisant, ne remonte pas au delà de l'année 1835; encore même la prétention fut-elle mise en avant par les syndics d'une faillite, et accessoirement à la grave question de savoir si la femme qui a perdu son droit de suite sur l'immeuble peut revendiquer son droit de préférence sur le prix (*infrà,* art. 2195). Mais cette tentative ne fut pas heureuse; et la Cour d'Angers, devant laquelle elle se produisit, sanctionna nettement les données de la pratique en décidant « que le créancier, ayant obtenu subrogation dans l'hypothèque légale de la femme, *avait fait mentionner cette subrogation dans l'inscription hypothécaire qu'il avait prise* bien avant la vente des immeubles dont le prix était à distribuer; que cette mention, *portée sur le registre du conservateur,* contenant toutes les énonciations prescrites par l'art. 2153, *équivalait à l'inscription que la femme eût pu prendre elle-même...* » (1)

Depuis, nous le savons, cet usage a été de nouveau mis en question devant les tribunaux, et plusieurs Cours d'appel en ont même condamné la pratique (2). Mais d'autres Cours, et, parmi elles, celle de Bourges, par rétractation de ses propres précédents, et celles d'Angers, de Bordeaux et de Paris, ont reconnu, au contraire, que le créancier subrogé à l'hypothèque légale d'une femme mariée n'est point tenu, pour conserver les droits attachés à cette hypothèque, de la faire inscrire dans la forme sacramentelle des inscriptions ordinaires; qu'il suffit, à cet égard, d'une simple mention de la subrogation sur les registres du conservateur des hypothèques, par exemple d'une mention dans l'inscription de l'hypothèque conventionnelle consentie au même créancier par le mari. La Cour de Paris, notamment, a dit cela, non pas accidentellement et une fois par hasard, mais systématiquement et dans quatre arrêts successifs (3). Et la Cour de cassation elle-même adoptait pleinement cette jurisprudence; car c'est sur l'autorité de ces précé-

(1) Voy. Angers, 3 avr. 1835 (S.-V., 35, 2, 226).

(2) Amiens, 4 août 1839 et 10 juill. 1843; Limoges, 21 janv. 1843; Bourges, 30 avr. 1853; Orléans, 12 juill. 1854 (S.-V., 40, 2, 305; 46, 2, 395; 54, 2, 561; Dall., 46, 2, 164; 54, 2, 52; 56, 1, 61; *J. Pal.*, 1853, t. II, p. 228; 1856, t. I, p. 185; *J. des not.*, 1re série, no 404, p. 53).

(3) Voy., outre l'arrêt précité de la Cour d'Angers, ceux des Cours de Bordeaux et de Bourges des 4 juill. 1849, 18 mars 1854, 20 août 1859, et surtout ceux de la Cour de Paris des 24 août 1840, 25 janv. 1851, 30 juin 1853, 31 août 1854 (*J. Pal.*, 1840, t. II, p. 68; 1854, t. II, p. 218 et 510; 1859, p. 942; S.-V., 55, 2, 177; 60, 2, 241; Dall., 55, 2, 357; *J. des not. et des avoc.*, art. 13856, 14304, 15293; *J. des conserv.*, art. 1026). Un autre arrêt de la Cour de Paris, du 27 févr. 1857 (S.-V., 57, 2, 283; *J. Pal.*, 1857, p. 1094; Dall., 58, 2, 22), que nous avons eu déjà l'occasion de citer, a été présenté comme ayant jugé en sens contraire. Mais un examen attentif de cet arrêt fait reconnaître que la Cour de Paris ne s'y est pas mise en opposition avec ses propres précédents, et qu'il en est de cet arrêt comme de celui qui a été rendu par la Cour de cassation le 15 décembre 1829, lequel a été invoqué aussi comme contraire à notre doctrine; qu'ils se bornent l'un et l'autre à décider, ce qui est incontestable, que l'inscription de l'hypothèque conventionnelle *seule* ne peut valoir comme inscription de l'hypothèque légale. C'est ce que nous avons établi dans la *Revue critique de législation* (t. IX, p. 116, et t. XI, p. 6 et suiv.) : nous y renvoyons le lecteur.

dents, et en les confirmant de la manière la plus expresse, que la chambre des requêtes a jugé que l'inscription particulière de l'hypothèque de la femme par l'un des créanciers subrogés ne donne à ce créancier aucun droit de préférence ou de priorité sur les autres, *lorsque déjà l'existence de cette hypothèque légale a été révélée par l'inscription prise par un autre créancier de son hypothèque conventionnelle,* AVEC MENTION DE LA SUBROGATION A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE A LUI CONSENTIE AUSSI PAR LA FEMME (1).

784. C'est pourtant en présence de ces précédents que la chambre civile de la Cour de cassation, entrant en lutte avec la chambre des requêtes, a, par arrêt du 4 février 1856, rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour d'Orléans qui les contrariait tous. La Cour d'Orléans avait dit « que les inscriptions d'hypothèques conventionnelles prises par les créanciers subrogés, *quoique relatant la subrogation à l'hypothèque légale de la femme,* ne sauraient équivaloir à l'inscription de cette hypothèque légale, inscription soumise, comme toutes les autres, à des conditions et à des formes substantielles dont on ne retrouve aucun équivalent dans ces mentions, *qui n'ont en réalité d'autre but que de manifester la volonté des inscrivants de réclamer le bénéfice des subrogations consenties en leur faveur.* » Et la chambre civile de la Cour de cassation, entrant dans cette voie, a dit à son tour, en rejetant le pourvoi, « que l'inscription de l'hypothèque légale de la femme est soumise à des formalités substantielles prescrites par l'art. 2153 du Code civil; que la simple *mention* de subrogation dans cette hypothèque *accessoirement* à l'inscription d'une hypothèque conventionnelle, ne présentant pas toutes les conditions voulues par la loi pour l'inscription de l'hypothèque légale elle-même, *ne saurait équipoller à cette inscription et la remplacer;* qu'en le jugeant ainsi, la Cour d'Orléans n'a fait que se conformer à la loi. » (2) Nous nous sommes élevé ailleurs (3) contre ces décisions qui soudainement destituent les mentions de subrogation de l'effet juridique que la pratique et la jurisprudence dominante leur avaient assigné. Qu'il nous soit permis de nous répéter et de les combattre encore ici au nom des intérêts qu'elles troublent et de la loi dont elles méconnaissent la pensée.

785. Et d'abord, quant à la perturbation qu'elles jettent dans les intérêts privés, elle est évidente. Rappelons, en effet, ce que nous avons dit de l'usage en ce qui concerne les mentions de subrogation. Nous avons vu ces mentions généralement admises comme dispensant de l'inscription spéciale de l'hypothèque légale elle-même, lorsqu'elles étaient faites dans l'inscription de l'hypothèque conventionnelle du créancier subrogé. Que l'on cherche, en remontant jusqu'à l'époque où les subrogations dans l'hypothèque légale de la femme se sont généra-

---

(1) Req., 13 nov. 1854 (*J. Pal.*, 1855, t. I, p. 5; Dall., 55, 1, 113; S.-V., 55, 1, 193). — *Comp.* Req., 1er juin 1859 (S.-V., 61, 1, 223; *J. Pal.*, 1860, p. 936; Dall., 60, 1, 388).

(2) Rej., 4 févr. 1856 (Dall., 56, 1, 61; S.-V., 56, 1, 225; *J. Pal.*, 1856, t. I, p. 449).

(3) Voy. la *Rev. crit. de législ.* (t. IX, p. 97 et suiv.). — Voy. aussi M. Sevin (*ibid.*, t. XXI, p. 280).

lisées dans la pratique, et assurément on en trouvera fort peu, parmi celles qui ont été consenties accessoirement à une obligation souscrite par le mari, qui aient été rendues publiques autrement que par cette voie de la mention dans l'inscription de l'hypothèque conventionnelle. Encore une fois, c'était l'usage constant; et tout créancier subrogé qui, sur la foi de cet usage, a fait connaître sa subrogation en la forme usitée, a eu toute raison, sans se préoccuper autrement, de se croire parfaitement assuré d'avoir un gage sérieux et une préférence acquise sur tous autres créanciers avec lesquels ses débiteurs auraient traité ultérieurement. Eh bien, cette assurance est soudainement détruite; l'arrêt de la Cour suprême, en condamnant rétrospectivement l'usage, vient dire aux créanciers subrogés que, quelque universel que cet usage ait pu être, quelque prolongée qu'en ait été la pratique, ils n'ont pas dû s'y confier. Et tous ces droits, que tant de subrogations ont conférés, n'ont plus désormais qu'une existence incertaine et précaire, déchus qu'ils sont de leur rang sur le gage qui leur avait été directement affecté! Si nous prenons l'espèce de l'arrêt rendu par la Cour suprême, nous voyons un de ces droits qui, né en 1839, et rendu public immédiatement en la forme usitée comme répondant à toutes les exigences de la publicité, disparaît cependant en 1856, et s'efface devant une créance qui n'avait pris naissance qu'en 1847, huit ans après lui, et dont le titre à la préférence s'est trouvé dans une inscription faite en 1851 seulement! Combien d'autres peuvent s'écrouler de même! Le champ est désormais ouvert devant les créanciers auxquels l'existence de tels droits fait obstacle; et comme rien n'a été plus usuel, depuis bien des années, que les conventions de l'espèce, on ne saurait dire le nombre qu'il y a maintenant de prêteurs confiants dont les placements sont compromis et dont la fortune peut être ébranlée.

786. Et puis, ceci n'étant qu'une considération, venons aux principes. Pourquoi la Cour de cassation annule-t-elle les *mentions de subrogation?* Les termes de l'arrêt sont assez peu explicites à cet égard, et, à cause de son laconisme même, l'arrêt a donné carrière à l'interprétation. Ainsi, la Cour, rejetant la mention de subrogation, c'est-à-dire l'inscription de l'hypothèque légale, en ce qu'elle est faite *accessoirement* à l'inscription de l'hypothèque conventionnelle, on en a conclu d'abord que la pensée de son arrêt a été de condamner en principe les *inscriptions collectives,* et de décider que le créancier qui aurait plus d'une hypothèque résultant du même titre ne pourrait pas rendre ces hypothèques publiques dans un seul bordereau, dans une seule inscription. Nous écartons, quant à nous, cette induction. Nous montrerons, dans notre commentaire de l'art. 2148, et nous le montrerons avec la jurisprudence de la Cour de cassation elle-même, que ce mode de procéder par bordereaux cumulatifs ou inscriptions collectives, s'il n'est pas directement consacré par la loi, est du moins dans son esprit, et que des textes en assez grand nombre le supposent préétabli. Nous montrerons aussi que, bien mieux et plus sûrement que les inscriptions divisées, les inscriptions collectives, en thèse générale, satisfont

aux besoins de la publicité et sont susceptibles d'éclairer les tiers et de diriger les recherches dans les états qui leur sont délivrés.

Constatons seulement ici que cela est vrai surtout lorsque l'inscription collective a pour objet, avec une hypothèque conventionnelle, l'hypothèque légale de la femme et la subrogation qui en a été consentie. En effet, c'est par l'état des inscriptions, par les énonciations contenues en cet état, que les tiers peuvent connaître la position du débiteur. Or, la verront-ils avec certitude au milieu d'inscriptions divisées et distinctes dans lesquelles ils trouveront successivement reproduit, et à diverses reprises, le chiffre de la même créance? Leur esprit pourra-t-il ne pas demeurer indécis sur le point de savoir s'il y a ou non identité dans les créances dont le chiffre se répète ainsi plus ou moins fréquemment? Et si, au lieu de cela, on suppose une inscription collective dans laquelle les inscrivants ont fait constater que chacun d'eux a obtenu, pour sûreté de sa créance, d'abord, du mari, une hypothèque conventionnelle, ensuite, et par surcroît de garantie, une subrogation dans l'hypothèque légale de la femme, n'est-il pas vrai que tout est clair; que la situation du débiteur est établie sans équivoque possible; que nul ne peut se méprendre ni s'empêcher de voir comment et dans quelle mesure les biens du débiteur sont grevés?

On a dit pourtant que précisément dans cette hypothèse l'inscription collective a un grave danger, en ce que l'hypothèque cédée, n'y étant décrite qu'au second plan, après toutes les clauses relatives à l'inscription de l'hypothèque conventionnelle, ne frappe point les yeux tout d'abord, n'attire point à elle l'attention du lecteur, en sorte qu'il est à craindre que, sous l'empire de l'idée que l'acte tout entier se rapporte à l'hypothèque décrite dans les premières lignes, il ne s'arrête sans pousser la lecture jusqu'au bout. Nous avons répondu ailleurs à cette objection (1), et nous répétons qu'elle a tout au moins ceci de particulièrement injuste que, sous prétexte de protéger les tiers, elle sacrifie des créanciers légitimes et sérieux en permettant aux premiers de se faire un titre de leur propre faute, de leur négligence, de leur inattention. Nous avons dit et nous répétons que celui à qui tout est livré en une seule inscription pour qu'il en prenne connaissance est reprochable si, par son fait et par inattention, il manque de tout voir; qu'il se trompe alors lui-même et n'est pas trompé; et que ne pouvant imputer qu'à lui seul, à sa propre négligence, l'erreur qu'il a commise, il ne saurait à aucun titre être reçu à prétendre qu'un autre que lui doit souffrir de cette erreur et en porter la responsabilité. Du reste, ces idées, depuis que nous les avons exprimées, ont été accueillies par la jurisprudence, et la Cour d'Orléans elle-même, elle que nous avons vue rejeter les *mentions de subrogation* dans l'affaire terminée par l'arrêt de rejet du 4 février 1856, a dit, en admettant, au contraire, les *inscriptions collectives* dans un arrêt ultérieur, « que le créancier réunissant en sa personne, pour garantie de sa créance unique, les droits d'hypo-

(1) Voy. *Rev. crit. de législ.* (t. XI, p. 120 et suiv.).

thèque conventionnelle et d'hypothèque légale conférés par le même titre, *est incontestablement fondé à réclamer une seule inscription de sa créance,* si elle contient, d'ailleurs, toutes les énonciations exigées par la loi; que pour contester la validité d'une pareille inscription, *on ne saurait se fonder sur aucune loi, ni sur aucun inconvénient grave qui puisse en résulter; et* QU'IL N'EST POINT SÉRIEUX *de prétendre que l'attention des tiers ne serait pas éveillée sur une inscription d'hypothèque légale confondue avec l'hypothèque spéciale...* » (1)

Quoi qu'il en soit, nous n'insistons pas davantage, quant à présent, sur l'induction qu'on a voulu tirer des termes de l'arrêt du 4 février 1856, et, sauf à dire, dans notre commentaire de l'art. 2148, ce qu'il faut penser, en droit, des inscriptions collectives, nous affirmons que le mot *accessoirement* qui se trouve dans cet arrêt y est écrit, non point en vue de consacrer un principe, mais seulement pour préciser et indiquer la forme extérieure dans laquelle se produisait au procès l'inscription dont il y avait à régler le sort.

Qu'y a-t-il donc dans la décision dont nous combattons la doctrine? Rien autre chose, sinon qu'une *mention de subrogation* n'est pas un équivalent de l'*inscription* même de l'hypothèque légale. C'est là ce qu'il faut examiner. Pourquoi donc la mention n'est-elle pas l'équivalent de l'inscription?

787. Dans l'arrêt maintenu par le rejet du 4 février 1856, la Cour d'Orléans dit que la mentien diffère de l'inscription par son objet, en ce que le créancier requérant demande la mention non point de l'*hypothèque,* mais de la *subrogation,* et n'a d'autre but que de manifester *sa volonté de réclamer le bénéfice de cette subrogation.* Mais cette appréciation absolument inexacte suppose l'oubli des notions les plus élémentaires en matière de subrogation.

Ce n'est pas le cas de revenir ici sur ce que nous avons dit de la nature et du caractère du droit transmis par la femme au créancier envers lequel elle s'est obligée (voy. nos observations à cet égard *suprà,* nos 472 et suiv.). Rappelons seulement que la jurisprudence est unanime à reconnaître que dans ce cas le créancier est tenu pour subrogé, dans la mesure de sa créance, aux droits de la femme elle-même. Cela étant, il faut bien donner à la subrogation ses effets juridiques. Or l'un de ces effets, et le plus direct assurément, est de mettre le subrogé aux lieu et place du subrogeant, et de l'investir, en tout ou en partie, du droit de celui-ci : c'est la notion découlant de la subrogation, qui est précisément, selon la définition d'auteurs notables tant anciens que modernes, « une fiction par laquelle le créancier est censé avoir cédé ses droits à un tiers. » Donc, en même temps que le subrogé est *saisi* d'une partie des droits du subrogeant, celui-ci, de son côté, est dessaisi de cette même partie : ce n'est pas un droit nouveau qu'acquiert le subrogé; c'est l'ancien droit, l'ancienne hypothèque qui, sortie pour

(1) Voy. Orléans, 20 févr. 1357 (S.-V., 57, 2, 200; *J. Pal.,* 1857, p. 1093; Dall., 57, 2, 135). *Junge:* Dijon, 13 juill. 1858 (S.-V., 59, 2, 366; *J. Pal.,* 1860, p. 482; Dall., 60, 5, 196).

partie des mains du subrogeant, passe aux mains du subrogé pour devenir la propriété de ce dernier. Que suit-il de là? Que lorsque le subrogé requiert l'inscription ou la mention de ce droit, c'est l'hypothèque elle-même qu'il rend publique pour la partie qui lui en a été transmise. Seulement, l'opération ici est complexe, au lieu d'être simple comme elle l'est lorsqu'elle est faite sur la réquisition du subrogeant : le subrogé annonce, d'une part, qu'il existe une hypothèque, et d'une autre part, que cette hypothèque lui a été cédée en tout ou en partie. Ce sont là évidemment les deux faits que comprend l'idée complexe de subrogation, et que traduit l'inscription ou la mention de cette subrogation. Par où l'on voit combien cette situation est méconnue dans le système de la Cour d'Orléans, et comment, en rétablissant la vérité des choses sur l'autorité des principes, il faut prendre le contre-pied des affirmations avancées par cette Cour, et dire que publier ou mentionner la *subrogation* n'est pas autre chose que mentionner ou publier l'*hypothèque* elle-même, et que manifester, par la mention, *la volonté de réclamer le bénéfice de la subrogation,* c'est faire précisément ce que fait le créancier en s'inscrivant, en ce qu'il manifeste aussi, par l'inscription, *la volonté de réclamer le bénéfice de l'hypothèque.* — Il n'est donc pas vrai de dire que la mention diffère de l'inscription par son objet; la vérité est au contraire que, sous ce rapport, il y a, entre l'inscription et la mention, une identité parfaite.

788. Quant à la Cour de cassation, elle ne conteste pas ceci, et si pour elle la simple mention de subrogation dans l'hypothèque légale, accessoirement à une hypothèque conventionnelle, n'équipolle pas à l'inscription, c'est uniquement « parce qu'elle ne présente pas toutes les conditions voulues par la loi pour l'inscription de l'hypothèque légale elle-même. » Mais quelles sont ces conditions voulues par la loi que ne présente pas la mention de subrogation faite dans les circonstances dont il s'agit ici? La Cour de cassation omet de le dire.

L'omission est fort grave assurément, et ne peut que paraître telle quand on songe que les expressions précitées de l'arrêt en contiennent le motif unique. La question, en définitive, étant de savoir si la mention de subrogation faite dans les circonstances déterminées satisfait ou non aux conditions de la loi, il eût été bon, après avoir affirmé qu'elle n'y satisfait pas (ce qui est, après tout, résoudre la question par elle-même), d'ajouter quelques mots pour dire comment, pourquoi, en quels points, les conditions de la loi se trouvent méconnues ou violées. Mais il n'était pas facile de faire cette justification. Pensons-y bien! les conditions auxquelles l'arrêt fait allusion, ce sont assurément les énonciations prescrites par l'art. 2153 du Code civil. Or ces énonciations sont reproduites de celles qu'exige l'art. 2148, et n'en sont qu'*une partie.* Et alors, quand la mention de subrogation accède à une inscription qui, elle, satisfait à *toutes* les conditions de l'art. 2148, quand elle fait corps avec cette même inscription, il n'est pas aisé, cela se comprend, de justifier ce reproche qu'on lui fait de ne pas satisfaire *aux conditions de l'art.* 2153, c'est-à-dire à quelques conditions formant

une partie seulement *du tout* que l'art. 2148 a coordonné et que l'on retrouve, sans aucun retranchement, dans l'inscription avec laquelle se confond la mention de subrogation.

C'est que, dans la vérité des choses, ce reproche est, en fait comme en droit, dénué de fondement. Que dit l'art. 2153? Que les droits d'hypothèque légale seront inscrits sur la représentation de deux bordereaux contenant seulement : 1° les nom, prénoms, profession et domicile réel du créancier, et le domicile qui sera par lui ou pour lui élu dans l'arrondissement; 2° les nom, prénoms, profession, domicile, ou désignation précise du débiteur; 3° la nature des droits à conserver et le montant de leur valeur quant aux objets déterminés, sans être tenu de le fixer quant à ceux qui sont conditionnels, éventuels ou indéterminés. Eh bien, lorsque la subrogation à l'hypothèque légale est l'accessoire d'une stipulation d'hypothèque conventionnelle, lorsqu'elle se lie à cette hypothèque et doit frapper sur les mêmes biens, tous ces éléments de l'inscription sont contenus dans la mention de subrogation et se retrouvent, soit dans le texte même de la mention, soit dans les énonciations qu'elle emprunte à l'inscription de l'hypothèque conventionnelle avec laquelle elle est en relation intime et nécessaire.

Ainsi, la désignation du créancier et celle du débiteur, qui font l'objet des énonciations prescrites par les deux premiers numéros de l'article 2153, s'y trouvent incontestablement. Elles y sont placées, si l'on veut, en tête de l'inscription et avant ce qui a trait à la subrogation dans l'hypothèque légale. Mais que fait cela? Quand le texte dit que tel, ayant son domicile réel en tel lieu, et faisant son élection de domicile en tel autre, requiert inscription de l'hypothèque conventionnelle qu'il a sur les biens de tel, son débiteur, et *en outre* mention de sa subrogation dans l'hypothèque légale, il n'est pas possible de diviser ces énonciations diverses, d'en briser l'ensemble et la corrélation, et, parce qu'elles sont inscrites en tête de l'inscription, d'en séparer la mention de subrogation pour les rattacher exclusivement à l'hypothèque conventionnelle. Ces énonciations sont communes évidemment aux deux hypothèques; l'inscrivant aurait pu les répéter sans doute pour la seconde après les avoir exprimées pour la première; mais la répétition, surabondante et oiseuse, n'eût rien fait pour la clarté d'une rédaction, qui, en elle-même, est positive, certaine, assez précise pour rendre toute méprise impossible : et annuler l'une des deux inscriptions par cette seule raison que les énonciations déjà faites n'y ont pas été répétées, ce serait accorder bien plus qu'il ne convient au matérialisme de la forme, et faire tomber des droits légitimes devant de bien futiles motifs!

Ceci, du reste, n'est contesté (sinon par l'arrêt du 4 février 1856, qui, lui, ne précise rien, au moins par ceux qui en adoptent la doctrine) que par rapport à l'élection de domicile, en ce que, dit-on, il ne suffit pas au créancier d'élire un domicile pour lui, qu'il faut encore un domicile élu pour la femme, et en ce que, en tout cas, il faut l'indication explicite d'un domicile pour l'exercice de l'hypothèque légale,

domicile qui peut être tout autre pour cette hypothèque que pour l'hypothèque conventionnelle (1). Mais n'y a-t-il pas là exagération et méprise? On suppose que la femme, même après avoir consenti la subrogation à son hypothèque, reste saisie de sa créance dans son intégralité, d'où suivrait la nécessité d'une élection de domicile pour elle. Or nous avons prouvé (voy. n° 787) que la subrogation a précisément pour effet de dessaisir le subrogeant de sa créance, dans la mesure des droits que le subrogé a eu en vue d'assurer, et que cette partie qui se détache de la créance sort des mains du subrogeant pour passer en celles du subrogé, dont elle devient la propriété. Ainsi, le subrogé à l'hypothèque légale de la femme est lui-même créancier aux lieu et place de cette dernière; en sorte que lorsqu'il fait élection de domicile *pour lui,* sans s'occuper en outre d'une élection de domicile pour la femme, ce qui, du reste, lui est absolument inutile, il satisfait pleinement à l'obligation que la loi impose quand elle dit qu'un domicile sera élu *par le créancier* ou *pour lui.* Maintenant, que, lorsqu'il s'agit d'une inscription ayant pour objet cumulativement une hypothèque conventionnelle et la subrogation à l'hypothèque légale, le domicile élu puisse n'être pas le même pour les deux hypothèques, nous le voulons bien, si telle est la volonté du créancier. Mais il faudra que cette volonté ait été manifestée. Et quand, au lieu de le dire dans le bordereau par lui représenté pour faire opérer sa double inscription, il s'est borné à faire une seule élection de domicile, nous croyons qu'il faut voir là une manifestation de la volonté contraire, et reconnaître qu'il a entendu n'indiquer qu'un seul et même domicile pour l'exercice des deux hypothèques. — Ainsi, toutes les énonciations requises par les deux premiers numéros de l'article 2153 sont incontestablement contenues, sans distinction et sans réserve, dans la mention de subrogation faite accessoirement à l'inscription d'une hypothèque conventionnelle.

Quant à celles du numéro troisième, elles se placent tout naturellement dans le texte même de la mention de subrogation. C'est là, et non ailleurs, qu'en énonçant la somme pour laquelle il est subrogé, l'inscrivant exprimera que, jusqu'à concurrence de cette somme, il s'inscrit pour les reprises, créances, droits matrimoniaux de la femme, contre son mari. Ce n'est pas le cas d'examiner ici le point de savoir si une formule énonçant vaguement et d'une manière générale les *reprises,* les *créances* ou les *droits matrimoniaux* de la femme, répond au vœu de la loi, ou s'il n'est pas indispensable de préciser et d'exprimer la *nature* des reprises et le *montant* de leur valeur. Il y a là-dessus une controverse sur laquelle nous nous expliquerons dans notre commentaire de l'art. 2153. Mais quant à présent, cette difficulté est hors de cause; toute la question ici est de savoir en quoi une simple mention de subrogation a pu paraître assez dissemblable de l'inscription de l'hypothèque légale elle-même pour que la Cour de cassation ait décidé, par

(1) Voy. M. Cuënot, *Observ. sur l'arrêt du 4 févr. 1856* (*J. Pal.*, 1856, t. I, p. 449). — *Junge* : M. Leroux (*Contrôleur de l'enreg.*, n° 10689).

son arrêt du 4 février 1856, que la mention n'équipolle pas à l'inscription. Or il n'est besoin d'aucune discussion pour établir que ce n'est pas du moins dans les énonciations dont il est question au n° 3 de l'art. 2153 que la Cour a trouvé la dissemblance; la preuve ressort toute faite des circonstances de l'arrêt : il suffit, pour la voir, de rapprocher les mentions de subrogation et l'inscription entre lesquelles la lutte était engagée devant la Cour suprême. On y reconnaît que tous les créanciers subrogés, aussi bien celui qui avait requis *inscription* de l'hypothèque légale que ceux qui avaient procédé par la voie de la simple *mention,* avaient employé la même formule à peu près pour énoncer les créances de la femme. Or l'*inscription* a été validée, puisque l'arrêt du 4 février 1856 lui a donné tout son effet : et cela est décisif; car, bien que les *mentions* de subrogation aient été annulées par un motif dont le laconisme de l'arrêt ne permet pas de se rendre compte, néanmoins ce motif ne peut avoir été pris des lacunes qui auraient été laissées dans l'énonciation des reprises, puisque cette énonciation est conçue en termes identiques et dans les mentions annulées et dans l'inscription validée. Le fait lui-même atteste donc que ce n'est pas non plus sous ce rapport que la mention de subrogation diffère de l'inscription.

789. Tout ceci étant posé, qu'en faut-il conclure? Qu'il n'y a réellement pas de motif sérieux pour ne pas voir, dans la simple mention de subrogation, l'équivalent de l'inscription de l'hypothèque de la femme. En définitive, si la première diffère de celle-ci par l'expression, ce qui est complétement indifférent, elle n'en reste pas moins identique avec elle, et au point de vue des énonciations, qui évidemment peuvent être pour l'une ce qu'elles doivent être pour l'autre, et au point de vue de l'objet, qui, pour les deux, est un avertissement à donner aux tiers. On ne s'explique donc pas que la Cour suprême ait usé envers cette forme particulière de procéder d'une sévérité que pas une des dispositions du Code civil ne pouvvait expliquer.

790. Et maintenant, allant plus loin, nous ajoutons que, même depuis la loi du 23 mars 1855, cette sévérité ne paraît pas mieux justifiée. Il y a, sur ce point, bien des autorités en sens contraire (1). Quelque graves qu'elles soient, nous croyons pouvoir dire qu'elles donnent à l'art. 9 de la loi précitée une signification qui n'est pas la sienne, et que même elles le supposent écrit dans un ordre d'idées auquel il est manifestement resté étranger. Évidemment, ce dont le législateur se préoccupe dans l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, c'est l'*effet* et non le *mode* de l'inscription dont il parle. C'est évident, puisque l'article, comme nous l'avons montré plus haut (voy. n° 780), a eu pour objet, non-seulement d'obliger le créancier subrogé à prendre une inscription qui jusque-là était facultative au moins jusqu'à l'accomplissement des

(1) Voy. MM. Troplong (*De la Transcr.*, n°s 321, 340); Mourlon (*Rev. prat. de droit franç.*, p. 89, et *Transcr.*, t. II, p. 1022); *Journ. des not.* (art. 15733, 15751); *Journ. des conserv.* (art. 1127); *Journ. de l'enregistr. et Journ. des not.* (n° 1140); Aubry et Rau (t. II, p. 889; 4e édit., t. III, p. 457); Verdier (*Transcr.*, t. II, p. 690); Rivière (*Jurispr. de la Cour de cass.*, n° 590).

formalités de la purge, mais encore, et surtout, de préciser que cette inscription aurait pour effet, d'une part, d'opérer une sorte de saisine au profit du créancier subrogé, et d'une autre part, de fixer, en cas de concours de plusieurs cessions, l'ordre dans lequel tout créancier inscrit exercerait les droits hypothécaires de la femme auxquels il a été subrogé. Quant au mode et à la forme de l'inscription, la loi n'en dit rien; et à ce point de vue nous pouvons conclure que si les réquisitions de mention sur les registres du conservateur étaient suffisantes avant la loi de 1855, comme nous croyons l'avoir démontré, pour assurer la conservation du droit, il n'y a pas de raison pour qu'elles ne soient pas suffisantes encore après la loi.

Qu'oppose-t-on à cela? La lettre même de l'art. 9, d'abord en ce que l'article exige littéralement *une inscription,* et ensuite en ce que ses termes mêmes indiqueraient que la mention ne peut être employée qu'*en marge d'une inscription préexistante.* Mais nous répondons par les observations déjà présentées. D'une part, les principes propres à la subrogation nous ont montré que la réquisition de *mention* n'est pas autre chose au fond que la réquisition d'*inscription* même (voy. nº 787); et par là nous avons réfuté par avance la première partie de l'objection. D'une autre part, l'historique même de la loi et sa corrélation avec les projets sur lesquels ont porté les discussions sur la réforme du régime hypothécaire nous ont fait voir que c'est méconnaître la loi, et supprimer arbitrairement l'alternative qu'elle pose de la manière la plus nette, que réunir les deux formalités dont elle parle et supposer qu'elles doivent être remplies cumulativement (voy. nº 780); et par là se trouve écartée la deuxième partie de l'objection.

Il ne faut donc pas argumenter du texte de l'article contre la validité des mentions de subrogation considérées comme moyen de rendre publics les droits des subrogés dans l'hypothèque légale de la femme. Sans doute, il y est dit que le cessionnaire ne sera saisi, à l'égard des tiers, que par l'*inscription* prise à son profit. Mais cela implique-t-il nécessité de faire l'inscription en la forme sacramentelle de l'art. 2153 du Code civil? En aucune façon: ceci toucherait à la forme, et, encore une fois, l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 s'occupe de l'*effet* de l'inscription; il ne s'occupe pas, directement du moins, de la forme, du mode de l'inscription. Il a voulu dire que le subrogé *devra donner à l'hypothèque légale la publicité qu'elle n'a pas reçue;* il n'a voulu dire rien de plus: et si quelques doutes pouvaient exister à cet égard, ils seraient levés par ces paroles, déjà citées, de l'Exposé des motifs, « que tout ce qu'on a voulu exiger, en ce qui concerne les cessionnaires, c'*est la publicité de l'hypothèque.* » Or cette publicité, la seule chose qu'on ait demandée au cessionnaire, est-ce qu'elle ne peut résulter que d'une inscription prise en la forme de l'art. 2153 du Code civil? Il serait déraisonnable de le soutenir. L'hypothèque devient publique dès que les registres du conservateur la portent à la connaissance des tiers; et comme l'inscription par voie de mention sur les registres suffit à procurer ce résultat, c'est se placer dans les termes mêmes de la loi que

donner à ces sortes de mentions les effets qu'elle attache à l'inscription.

791. Telles sont les considérations par lesquelles nous sommes amené à penser que l'hypothèque légale est suffisamment révélée par la simple mention dans l'inscription de l'hypothèque conventionnelle, et que même depuis la loi du 23 mars 1855, qui, en exigeant la publicité des subrogations à l'hypothèque légale de la femme, a justement fait de la dispense d'inscription consacrée par notre art. 2135 une faveur toute personnelle à la femme, l'indication de la subrogation sur les registres du conservateur par la voie de la simple mention suffirait encore au point de vue de la publicité. Il est regrettable, assurément, que la Cour de cassation ait cru devoir prononcer contre cette forme particulière de procéder une nullité qui, d'ailleurs, ne trouve son appui ou son explication ni dans un texte précis, ni même dans les principes généraux de la loi. Mais, le dirons-nous? peut-être cette sévérité doit-elle rassurer par son excès même; et quant à toutes les raisons qui défendent les mentions de subrogation, cet équivalent si parfait de l'inscription, nous ajoutons les titres que ce mode de procéder puise dans la pratique où il est né, et dans laquelle il s'était maintenu jusque-là sans rencontrer jamais une résistance sérieuse; quand, en outre, nous envisageons les conséquences funestes et les dangers que peut entraîner l'arrêt du 4 février 1856, nous ne pouvons nous empêcher de croire que cet arrêt ne dit pas le dernier mot de la Cour suprême, que les inscriptions si nombreuses qui ont été faites par cette voie de la *simple mention* ne sont pas irrévocablement condamnées, et que s'il arrive encore que le procès soit fait à cette forme de procéder, il n'est pas impossible qu'une rétractation survienne qui permette à la pratique de rentrer dans sa voie et de continuer la tradition qu'un quart de siècle avait consacrée.

792. Quoi qu'il en soit, nous devons reconnaître que les mentions de subrogation ont reçu de l'arrêt du 4 février 1856 une atteinte profonde. On peut dire même qu'en présence de cet arrêt, ce mode de procéder est complétement abandonné; et à l'heure qu'il est, on requiert non plus une *mention de subrogation*, mais l'*inscription même* de l'hypothèque légale. De là des difficultés nouvelles. Ainsi, tant que les mentions étaient admises sans que l'efficacité en fût contestée, l'usage constant a été de présenter un seul bordereau en double minute et de formuler une seule inscription, alors que la mention de subrogation était requise par le créancier accessoirement à une hypothèque conventionnelle, et que le bordereau comprenait à la fois les énonciations relatives à cette dernière hypothèque, et les énonciations relatives à l'hypothèque légale dans laquelle le créancier était subrogé. Cet usage doit-il subsister maintenant que les mentions de subrogation paraissent abandonnées, et qu'au lieu de requérir cette mention, on se résout à requérir, au profit du créancier subrogé, l'inscription même de l'hypothèque légale de la femme? Les conservateurs peuvent-ils encore n'accepter qu'un seul bordereau indiquant collectivement les deux hypothèques? Et s'ils acceptent un seul bordereau, doivent-ils, ou même peuvent-ils

le diviser en le reproduisant sur leurs registres et formuler deux inscriptions? Telles sont les difficultés qu'a fait naître la jurisprudence nouvelle sur les mentions de subrogation. Mais ce serait empiéter sur les observations touchant le mode de l'inscription des priviléges et hypothèques que d'aborder l'examen de ces difficultés ici, où nous avons à nous occuper de l'innovation introduite par la loi de 1855, plus particulièrement au point de vue de la date de l'hypothèque; et, sauf à revenir sur ces questions dans notre commentaire de l'art. 2150, où est tracé le rôle du conservateur, nous passons à l'objet et aux effets de la publicité exigée, par l'art. 9 de la loi sur la transcription, pour les subrogations à l'hypothèque légale de la femme.

XII. — 793. Après ce qui précède, l'objet de la loi nouvelle est ce qu'il y a de plus aisé à préciser. Dans l'ancien état de choses, quand la jurisprudence en fut venue à reconnaître et à déclarer qu'aucun texte n'imposait au subrogé l'obligation de rendre publique la subrogation consentie en sa faveur, rien n'empêchait qu'une femme dont l'hypothèque légale était déjà absorbée par des subrogations occultes ne pût encore se procurer du crédit, ou en procurer à son mari, en offrant à d'autres créanciers de les associer au bénéfice de cette hypothèque : et il arriva fréquemment, comme la Faculté de Strasbourg en a fait la remarque dans l'enquête administrative de 1841, que des créanciers qui croyaient avoir obtenu une sûreté complète par la subrogation à l'hypothèque de la femme, virent cette garantie s'évanouir devant des subrogations antérieures (voy. *suprà*, nº 466). C'est ce péril que la loi nouvelle s'est proposé de conjurer. Et, mettant à l'écart la jurisprudence outre mesure extensive de la disposition qui proclame l'existence de l'hypothèque légale de la femme indépendamment de toute inscription, elle veut, dans ce but, que cette hypothèque elle-même subisse la loi commune de la publicité dès qu'elle sort des mains de la femme pour passer aux mains de créanciers subrogés, et pose en principe que la publicité seule consolidera sur la tête du subrogé, *à l'égard des tiers*, la cession ou la renonciation faite à son profit par la femme. — Tel est l'objet de l'art. 9 de la loi de 1855.

794. Notons tout d'abord ou plutôt rappelons que cette disposition de la loi nouvelle n'est pas faite pour les tiers acquéreurs en faveur desquels la femme renonce à son hypothèque légale. Nous savons déjà qu'à leur égard les renonciations consenties par la femme opèrent par elles-mêmes l'extinction de l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu, sans qu'ils aient besoin de procéder à la purge, ni de faire connaître la renonciation autrement que par la transcription de la vente à laquelle la femme a donné son concours solidaire ou qu'elle a cautionnée avec toutes les garanties de droit. Ce sont là des renonciations purement *extinctives*, et nous avons montré plus haut (nº 486) que l'art. 9 de la loi de 1855 ne concerne pas cette espèce de renonciation. Nous n'avons plus à insister là-dessus.

795. La disposition ne s'applique donc qu'aux cessions ou renon-

ciations *translatives,* c'est-à-dire à celles qui sont faites par la femme en faveur des créanciers qu'elle subroge dans son hypothèque. Mais vis-à-vis de ces créanciers ainsi subrogés, la règle posée par la loi est absolue, en ce sens qu'elle est toujours applicable et doit être suivie abstraction faite des formes nombreuses et variées (voy. *suprà,* n°s 455 et suiv.) que peut affecter la subrogation. Ainsi, la subrogation procède-t-elle d'une renonciation faite par la femme, il importera peu que la renonciation soit expresse ou tacite; procède-t-elle d'une cession, il importera peu que la cession ait pour objet soit la créance elle-même, soit le droit d'antériorité, soit simplement l'hypothèque détachée de la créance : dans tous les cas, la subrogation doit être rendue publique pour qu'elle soit opposable aux tiers, car la disposition de la loi est conçue en termes tels qu'ils ne comportent ni exception ni réserve.

Ceci répond à l'opinion des auteurs qui, distinguant là où la loi ne distingue en aucune manière, supposent qu'au moins dans le cas où la cession consentie par la femme aurait pour objet *la créance elle-même,* la règle serait dans l'art. 1690 du Code civil et nullement dans l'art. 9 de la loi nouvelle, en sorte que le cessionnaire serait saisi, indépendamment de toute publicité hypothécaire, par l'effet de la signification ou de l'acceptation dont il est parlé à l'article précité du Code civil. Nous connaissons d'ailleurs cette doctrine, et nous l'avons réfutée déjà en disant quel doit être aujourd'hui le caractère de l'acte portant ou impliquant subrogation dans l'hypothèque légale de la femme. Nous avons démontré qu'en subordonnant l'efficacité de la cession ou de la renonciation vis-à-vis des tiers à la condition qu'elle serait faite par *acte authentique,* la loi nouvelle pose une règle absolue, applicable à toutes les cessions, par conséquent à celles qui ont pour objet la créance elle-même non moins qu'à celles qui ne portent que sur l'hypothèque ou le droit d'antériorité, et qu'en ceci la loi déroge à l'art. 1690 du Code civil, ou du moins ajoute une formalité de plus aux formalités prescrites par cet article pour les cessions de créance (voy. *suprà,* n° 469). Or la difficulté soulevée ici est un autre aspect de la même question, en sorte que la nécessité de la *publicité* se prouvant par les raisons mêmes qui établissent la nécessité de l'*acte authentique,* il nous suffit de renvoyer à notre précédente démonstration.

796. La règle est absolue encore en ce sens qu'elle subsiste et doit être suivie même après la dissolution du mariage. Ainsi, la subrogation est consentie par la femme quelques mois après la mort de son mari, le subrogé n'en est pas moins tenu, pour être saisi vis-à-vis des tiers, de rendre la subrogation publique par les voies qu'indique l'art. 9 de la loi. Il est vrai que la femme ne se trouvant plus, dans ce cas, sous l'influence maritale, il semble qu'il n'y ait pas la même raison d'exiger les précautions que la loi nouvelle a eu pour objet d'établir. Mais, nous le savons, l'intérêt en jeu n'est pas seulement celui de la femme; la loi veille aussi à l'intérêt des tiers qu'elle veut prémunir contre les dangers des subrogations occultes. Or, que la subrogation soit consentie pendant

le mariage ou après la dissolution, les dangers sont les mêmes. D'ailleurs, l'art. 9 ne distingue pas, et les termes en sont trop absolus pour qu'il soit permis de distinguer dans l'application (1).

XIII. — 797. Ceci dit sur l'objet de la publicité à laquelle sont soumises les subrogations dans l'hypothèque légale de la femme, voyons quels en sont les effets. — La loi, plaçant les subrogations sous le niveau de la règle générale en matière d'hypothèque, leur retire le bénéfice de la disposition exceptionnelle de notre art. 2135 et leur applique le principe de l'art. 2134, d'après lequel, « entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'a de rang que du jour de l'inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur, dans la forme et de la manière prescrites par la loi. » La publicité a donc pour effet, par rapport aux créanciers subrogés comme par rapport à tous autres créanciers hypothécaires, de fixer leur rang d'hypothèque et de régler le droit de préférence. Ainsi, dans le concours de subrogations successives, chaque créancier subrogé exercera son droit hypothécaire, non point, comme avant la loi nouvelle, à la date *de sa subrogation* (voy. *suprà,* n° 779), mais à la date *de l'inscription* ou *de la mention* exigée maintenant pour que le créancier subrogé soit saisi, à l'égard des tiers, de la cession ou de la renonciation d'où la subrogation procède (2). Et c'est ce que l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 exprime formellement dans sa disposition finale. — Supposons maintenant que divers créanciers subrogés aient requis inscription ou mention le même jour, ces créanciers exerceront en concurrence une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription ou la mention du matin et celle du soir, et cela par application de l'art. 2147, dont la disposition déjà commentée (voy. n°s 734 et suiv.) servira naturellement de règle dans ce cas (3).

Mais il importe de bien préciser la portée de la loi, et pour cela nous présenterons deux observations qui ont l'une et l'autre, la seconde surtout, une très-grande importance.

798. Nous remarquons, en premier lieu, que c'est seulement entre les créanciers subrogés que la loi règle (au point de vue du droit de préférence dont nous nous occupons exclusivement ici) les effets de la publicité. « Les dates des inscriptions ou mentions, dit-elle, déterminent l'ordre dans lequel *ceux qui ont obtenu des cessions ou renonciations exercent les droits hypothécaires de la femme.* » De là une double conséquence.

---

(1) Voy. MM. Troplong (*De la Transcript.*, n° 337); Lesenne (n° 142); Rivière et Huguet (n° 405); Mourlon (*Exam. crit.*, n° 396, aux notes).

(2) Il en doit être ainsi, alors même que, dans le contrat du créancier qui a le premier inscrit sa subrogation, il aurait été dit que ce créancier, qui n'avait pas personnellement hypothèque sur les immeubles du débiteur, viendrait après les créanciers hypothécaires déjà subrogés, cette clause ne devant être considérée que comme une déclaration de l'état hypothécaire actuel, qui laisse subsister le droit de priorité du créancier dont la subrogation a été la première inscrite, pour le cas où les créanciers antérieurs ne conserveraient pas utilement leur propre droit. Bordeaux, 11 juin 1861 (S.-V., 61, 2, 631; *J. Pal.*, 1862, p. 450).

(3) Voy. M. Troplong (*loc. cit.*, n° 339).

D'une part, il en résulte qu'entre les créanciers subrogés et la femme elle-même, la subrogation n'a nullement besoin d'être rendue publique pour produire son effet. Nous avons fait remarquer déjà que si la subrogation était faite par acte sous seing privé, contrairement au texte de la loi nouvelle, qui ne reconnaît de cession ou de renonciation efficace vis-à-vis des tiers qu'autant qu'elle résulte d'un acte authentique, ce n'est pas à la femme qu'il appartiendrait d'exciper de cette violation de la loi (voy. *suprà,* nº 467). Il en faut dire autant du défaut de publicité, qui ne saurait être opposé que par les créanciers, dans l'intérêt desquels la publicité a été instituée.

D'une autre part, il en résulte corrélativement que, bien que les créanciers soient tenus désormais de rendre la subrogation publique, la femme n'en reste pas moins, en ce qui la concerne personnellement, avec les prérogatives attachées par le Code à son hypothèque légale : ainsi, quant à elle, son hypothèque existe toujours indépendamment de toute inscription, et, par conséquent, cette hypothèque, quoique non inscrite, pourra être opposée par elle à tous autres qu'aux créanciers subrogés. Par exemple, Pierre a été subrogé dans l'hypothèque légale d'Eugénie, épouse de Joseph, et n'a pas requis inscription à son profit; les biens de Joseph sont mis en distribution, et Paul, son créancier hypothécaire, se présente à l'ordre. Celui-ci pourra-t-il, sous prétexte qu'Eugénie a cédé à Pierre son droit hypothécaire, s'opposer à ce qu'elle soit colloquée à raison d'une hypothèque qui n'est inscrite ni de son chef, ni du chef du créancier qu'elle a subrogé? Non, car il n'a pas, lui, à exciper d'une cession qui lui est étrangère. Il pourrait bien écarter le cessionnaire venant réclamer personnellement sa collocation, puisque celui-ci a négligé de donner la publicité à la cession qu'il ne pouvait opposer, sinon à la cédante, au moins aux tiers, qu'à la condition de la rendre publique. Mais il ne peut rien contre la cédante elle-même, parce que la cession n'obligeait en aucune manière celle-ci à prendre une inscription pour sa propre hypothèque, dont l'une des prérogatives est d'exister indépendamment de toute inscription (1).

799. Notre seconde observation est qu'en général l'inscription ou la mention faite par un créancier subrogé en conformité de la loi nouvelle profite à celui qui l'a faite, et ne profite pas aux autres créanciers subrogés. Ainsi, Eugénie consent plusieurs cessions successives de l'hypothèque légale qu'elle a sur Joseph son mari, savoir : la première à Pierre, le 1er mars 1876; la seconde à Paul, le 1er avril suivant; la troisième à Jean, le 1er mai d'après : Pierre a négligé de requérir inscription à son profit dans la mesure de sa créance; au contraire, Paul et Jean ont pris soin de conserver leur droit. Dans cette situation, Pierre ne pourra pas profiter des diligences faites par les deux autres créanciers subrogés, et bien que la subrogation qu'il a obtenue ait été la première en date, il n'en sera pas moins écarté par les créanciers subrogés après lui. En effet, un créancier ne saurait se prévaloir, pour sa propre créance,

(1) *Conf.* M. Troplong (*De la Transcript.*, nº 341).

de l'inscription prise par un autre créancier, alors que les deux créances sont distinctes et qu'il n'existe pas de lien rattachant entre eux les droits en vertu desquels les deux créanciers ont procédé. En ce sens, la Cour de Paris a dit avec une exactitude parfaite, dans un arrêt déjà cité et dont sur d'autres points nous aurons à combattre la doctrine, que la subrogation dont un créancier réclame les effets en vertu d'une inscription distincte *crée en lui un droit propre et personnel qu'il exerce dans son intérêt et dont aucun des créanciers ne saurait ni se prévaloir ni profiter* (1).

800. Mais l'inscription prise par un créancier subrogé profite-t-elle, sinon aux autres créanciers, au moins à la femme elle-même? C'est la question que nous avons réservée plus haut (voy. n° 779); elle se présentait avant la loi nouvelle dans le seul cas où le droit du créancier subrogé, aussi bien que celui de la femme elle-même, était tenu de se faire connaître, c'est-à-dire quand les formalités de la purge légale venaient mettre la femme et ses subrogés en demeure de prendre inscription : à plus forte raison devra-t-elle se présenter aujourd'hui, que la publicité est devenue une condition nécessaire pour l'efficacité de la subrogation à l'égard des tiers.

On peut dire, en général, que l'inscription prise par un créancier subrogé ne profite pas plus à la femme qu'elle ne profite aux autres créanciers subrogés ; et c'est ce que décide la Cour de Colmar par un arrêt que nous avons eu déjà l'occasion de citer (2) : toutefois ceci n'est pas absolu ; et la solution doit nécessairement varier suivant les termes dans lesquels l'inscription aura été faite.

Par exemple, le créancier requiert inscription au profit et au nom de la femme ; puis il se borne à ajouter qu'il a été subrogé dans l'hypothèque légale jusqu'à concurrence du montant de sa propre créance : il est clair, dans ce cas, que le créancier agit en la double qualité d'ayant droit personnel et d'ayant cause de la femme. L'inscription profitera donc à celle-ci (et même, d'après la jurisprudence (3), à tous les créanciers), parce que, dans le fait, l'inscrivant s'est placé dans une situation assez semblable à celle d'un créancier de la femme sans droit personnel sur l'inscription, et qui, n'ayant d'autres droits que ceux résultant des art. 1166 et 2092 du Code civil, et 775 (778 ancien) du Code de procédure, n'a pu faire un acte utile pour lui, par l'inscription qu'il a prise, qu'en conservant le droit de son débiteur.

---

(1) Voy. Paris, 27 févr. 1857 (S.-V., 57, 2, 283; *J. Pal.*, 1857, p. 1094; Dall., 58, 2, 22). *Junge :* Req., 1er juin 1859 (S.-V., 61, 1, 223; *J. Pal.*, 1860, p. 936; Dall., 60, 1, 381) et 1er mai 1866 (S.-V., 66, 1, 187; *J. Pal.*, 1866, p. 501; Dall., 66, 1, 292). — Voy. aussi MM. Aubry et Rau (t. II, p. 900; 4e édit., t. III, p. 470); Verdier (t. II, n° 696).

(2) Voy. Colmar, 26 mai 1857 (*J. Pal.*, 1857, p. 476). A plus forte raison, ne doit-elle pas lui nuire. Chambéry, 1er mai 1874 (S.-V., 75, 2, 257; *J. Pal.*, 1875, p. 993).

(3) Jugé, en effet, que l'inscription de l'hypothèque légale de la femme, *prise au profit de cette dernière, d'une manière générale et indéterminée, pour sûreté de ses reprises et indemnités*, profite à tous les créanciers subrogés dans cette hypothèque légale, et non spécialement à celui qui a requis cette inscription, si rien dans le texte de l'inscription n'indique qu'*elle a été prise à la requête* de ce créancier ou dans son intérêt. Cass., 25 févr. 1862 (S.-V., 62, 1, 356; *J. Pal.*, 1862, p. 669; Dall., 62, 1, 240). *Comp.* Rej., 3 juill. 1866 (S.-V., 66, 1, 345; *J. Pal.*, 1866, p. 961; Dall., 66, 1, 289).

Mais laissons cette hypothèse exceptionnelle, et plaçons-nous dans le cas qui se présente habituellement. C'est un créancier qui, subrogé dans l'hypothèque légale, requiert en même temps et à la fois, *à son profit* ou en son *nom personnel,* inscription de l'hypothèque conventionnelle qui lui a été consentie par le mari, et de l'hypothèque légale de la femme dans laquelle il a été subrogé jusqu'à concurrence du montant de sa créance. Supposons même des situations moins nettes et moins précises; — par exemple, celle où le créancier, sans exprimer qu'il agit *à son profit* ou en son *nom personnel,* mais sans annoncer non plus qu'il agit *au nom de la femme,* dit, après les énonciations relatives à son hypothèque conventionnelle, qu'il requiert contre le mari l'inscription de l'hypothèque légale dans laquelle il a été subrogé jusqu'à concurrence de..., montant de sa créance; — ou encore, celle où le créancier requiert, dans les mêmes termes, une inscription séparée de l'hypothèque légale : — dans toutes ces situations, nous disons que l'inscription du créancier subrogé ne doit profiter qu'à lui et qu'elle ne profite pas à la femme.

C'est ici le cas de répéter avec cet arrêt de la Cour de Paris dont nous rappelions tout à l'heure les termes, que la subrogation dont un créancier réclame les effets en vertu d'une inscription distincte crée en lui un droit propre et personnel qu'il exerce dans son intérêt, et dont personne autre ne saurait ni se prévaloir ni profiter. Et vainement on opposerait que ce précédent de la Cour de Paris n'est pas applicable, en ce qu'il refuse le bénéfice de l'inscription prise par un créancier subrogé, non point à la femme elle-même, mais aux autres créanciers. Nous répondons que la règle est absolue : ce qui est vrai, sous le rapport qui nous occupe, à l'égard du créancier cherchant à tirer avantage de l'inscription prise par un autre créancier, n'est pas moins vrai à l'égard de la femme qui veut se prévaloir des diligences faites, pour lui-même et dans son intérêt propre, par celui qu'elle a subrogé dans son hypothèque légale. Sans doute, il se pourra faire que la femme profite de l'inscription prise par ce dernier; par exemple, si elle rembourse le créancier subrogé, soit de ses deniers, soit sur le montant de ses reprises. La Cour de Lyon décide justement, en ce sens, que le créancier qui a été colloqué dans un ordre par l'effet de la cession à lui faite de l'hypothèque legale de la femme du débiteur, et a été ainsi payé avec les deniers que cette hypothèque assurait à la femme, est censé payé par cette dernière elle-même, laquelle, en conséquence, est légalement subrogée aux droits du créancier payé (1). Mais on voit que ceci tient à un tout autre ordre d'idées : c'est qu'alors la femme ne paye que comme caution; c'est qu'elle est subrogée elle-même aux droits du créancier payé; et cela ne fait pas assurément qu'en principe, le créancier qui a un droit personnel créé par la femme dans la subrogation par elle consentie, n'ait pas un intérêt distinct et séparé de celui de la femme, et partant que celle-ci

(1) Voy. Lyon, 4 août 1853 et 11 août 1855 (S.-V., 55, 2, 30 et 687; *J. Pal.*, 1855, t. I, p. 334; 1856, t. I, p. 413). — Voy. aussi *suprà*, nº 765.

puisse se prévaloir, plus que ne le pourrait faire un autre créancier, des mesures qu'il a pu prendre pour faire connaître cet intérêt et le conserver. Ceci est devenu d'une évidence palpable depuis la loi du 23 mars 1855, qui, en obligeant le créancier subrogé à prendre une inscription *à son profit* pour assurer le rang de sa subrogation, a indiqué par cela même, et de la manière la plus nette, que cette inscription a un effet propre à l'inscrivant, complétement étranger aux droits de la femme et dont elle n'a pas à profiter personnellement.

801. C'est donc par une véritable méprise et par un oubli des principes que la Cour d'Amiens, par un arrêt que nous avons rapporté ailleurs et dont nous avons apprécié la doctrine (1), a cru pouvoir valider un certificat de radiation dans lequel le conservateur, après avoir constaté la mainlevée de l'inscription prise par un créancier subrogé, soit en ce qui concerne l'hypothèque conventionnelle, soit relativement à l'hypothèque légale dans laquelle le créancier avait été subrogé, *réservait expressément les effets de l'inscription en faveur de la femme,* et cela bien que le créancier se fût annoncé dans l'inscription qu'il avait prise comme inscrivant l'hypothèque légale de la femme seulement dans la mesure de sa propre créance, et que la femme n'eût figuré en aucune manière, ni activement ni même passivement, dans le bordereau représenté par le créancier (2).

Il y a là, nous le répétons, une atteinte évidente aux principes; et les motifs allégués par la Cour d'Amiens sont bien impuissants à la dissimuler.

Que dit la Cour, en effet? Tout d'abord, elle prend pour point de départ cette idée « que de ce que le créancier subrogé aurait requis l'*inscription de l'hypothèque légale de la femme,* il ne s'ensuivrait pas qu'il eût le droit d'en donner mainlevée », les deux droits de requérir l'inscription et d'en donner mainlevée n'étant pas corrélatifs, puisque la loi « donne à beaucoup de personnes le droit de requérir l'inscription de l'hypothèque des femmes, et n'accorde à aucune de ces personnes le droit d'en consentir la mainlevée. » Or, ce point de départ est complétement inexact. Sans parler de l'exagération qu'il y a à dire que la loi donne *à beaucoup de personnes* le droit d'inscrire l'hypothèque légale des femmes (voy. *infrà* notre commentaire des art. 2136 et suiv.), peut-on ne pas s'étonner de cette idée supposée par l'arrêt que le créancier subrogé, lorsqu'il requiert l'inscription *à son profit,* fait

(1) *Revue critique* (t. XI, p. 22 et suiv.). Nous sommes revenu sur la question dans des dissertations publiées ultérieurement par la *Revue critique* (t. XV, p. 202 et suiv.), le *Journal du Palais* (1859, p. 449, à la note), le journal *le Droit* (numéros des 7, 11 et 12 juill. 1859) et la *Revue du notariat et de l'enregistrement* (t. I, p. 41 et suiv.).

(2) Voy. Amiens, 31 mars 1857 (*Rev. crit.*, loc. cit.; S.-V., 57, 2, 628; *J. Pal.*, 1857, p. 1095; Dall., 58, 2, 26). *Junge*, dans le même sens: Orléans, 4 août 1859; Toulouse, 30 déc. 1859; Nîmes, 15 déc. 1865 (S.-V., 59, 2, 529; 60, 2, 241; 66, 2, 239; *J. Pal.*, 1859, p. 667; 1860, p. 816; 1866, p. 926; Dall., 59, 2, 149). *Comp.* M. Flandin (nos 1519 et suiv.) et l'arrêt de la chambre des requêtes, du 2 juin 1858, qui a rejeté le pourvoi dirigé contre l'arrêt d'Amiens que nous discutons ici (S.-V., 58, 1, 433; *J. Pal.*, 1859, p. 449; Dall., 58, 1, 249). Toutefois la Cour de cassation n'a pas entendu par là confirmer la doctrine de cet arrêt qu'elle a condamné, au contraire, par des arrêts ultérieurs. Voy. les notes qui suivent, notamment à la page 219.

inscrire l'hypothèque légale au profit de la femme? C'est absolument contraire à la vérité des faits! L'hypothèque légale de la femme assure à celle-ci tous les droits et créances qu'elle peut avoir à exercer contre son mari. Est-ce de cela qu'il s'agit pour le créancier subrogé? En aucune façon. Cessionnaire d'une part déterminée à prendre dans la totalité des reprises de la femme, cessionnaire de ces reprises dans la mesure de sa propre créance, il conserve par son inscription ces reprises, quelle qu'en soit l'origine ou la nature, mais seulement jusqu'à concurrence de la part qui lui en a été cédée. Ce qu'il inscrit donc, c'est son droit personnel, la subrogation qu'il a obtenue. C'est là, selon nous, ce qui était parfaitement caractérisé et formulé par ces *mentions de subrogation* dont nous parlions tout à l'heure (voy. *suprà,* n°s 781 et suiv.), par ces mentions auxquelles la pratique s'était arrêtée et qu'elle semble vouloir abandonner en présence de l'arrêt du 4 février 1856, par lequel la Cour de cassation les a si mal à propos condamnées. Ces mentions précisaient nettement que le droit inscrit était la subrogation, c'est-à-dire la portion détachée des reprises au profit du créancier inscrivant, un droit éventuel et conditionnel, en ce sens qu'à l'état de subrogation, au moment où la formalité est requise, il ne doit rester aux mains du créancier qu'autant que subsistent les causes de la subrogation. Mais de ce que la forme est changée quant à présent, de ce qu'il y a moins de précision dans celle qui est substituée à l'ancienne, il ne s'ensuit pas qu'il y ait changement dans le fond des choses; et de ce que le créancier requiert *inscription* aujourd'hui au lieu de requérir *mention,* il ne s'ensuit pas que ce qu'il rend public soit autre chose que son droit propre et personnel. Ainsi, à son point de départ même, l'arrêt de la Cour d'Amiens se méprend sur la situation et méconnaît la vérité des faits. Comment les déductions ultérieures de l'arrêt pourraient-elles n'être pas erronées?

Par exemple, la Cour d'Amiens parle de l'intérêt qu'a la femme à ce que, son hypothèque légale une fois inscrite, l'inscription continue de subsister même après que les causes qui ont déterminé le créancier à la rendre publique ont cessé d'exister! Elle ne prend pas garde qu'avant toute aliénation des immeubles par le mari, cet intérêt est absolument nul, puisque, vis-à-vis de la femme du moins, l'hypothèque légale existe indépendamment de toute inscription; et qu'après l'aliénation, l'intérêt est absolument contraire, en ce que la purge légale n'étant pas nécessaire dès que l'hypothèque est inscrite, il pourrait arriver que cette hypothèque fût purgée sans que la femme en eût rien su, et que son droit eût péri sans qu'aucun avertissement fût venu la mettre en demeure d'avoir à l'exercer!

Par exemple encore, l'arrêt exprime que « le fait matériel de l'inscription suffit pour créer des droits en faveur de la femme »; et puis il en vient à dire « que ce n'est pas l'inscrivant qui demande que l'on donne à sa mainlevée un effet plus étendu que celui que lui a donné le conservateur; que c'est le mari, chargé par la loi de rendre publique l'hypothèque légale de sa femme, qui demande à faire disparaître la

publicité *donnée légalement à cette hypothèque comme conséquence des actes qu'il a fait souscrire à sa femme;* et qu'une pareille demande est une infraction trop directe aux obligations imposées au mari par l'article 2136 du Code civil pour qu'elle puisse être accueillie par les tribunaux. » Et la Cour ne remarque pas que l'inexactitude est ici partout, dans l'appréciation même et dans le motif sur lequel cette appréciation est fondée.

Ainsi, elle estime que le mari étant chargé par la loi de donner la publicité à l'hypothèque de la femme, il ne saurait lui appartenir de demander la radiation d'une inscription qui a rendu l'hypothèque publique! Or c'est le contraire précisément qui est la vérité. Sans doute, si nous étions en présence d'une inscription prise, soit par le mari lui-même, soit par un parent de la femme ou du mari, ou d'une inscription requise par le procureur de la république (art. 2136, 2138, 2139), la décision de l'arrêt serait on ne peut mieux fondée : toute demande du mari tendant, non pas à une réduction d'hypothèque dans les termes de l'art. 2144 (*suprà,* n°s 554 et suiv.), mais à la radiation pure et simple de l'inscription, devrait incontestablement être rejetée. Mais ce n'est pas là notre cas. Il s'agit ici d'une inscription qui, en tant qu'on en veut étendre les effets à la femme, a été prise sans droit par une personne qui n'avait pas qualité pour la prendre ou la requérir au nom de la femme. Dans cette situation, le mari a certainement intérêt et qualité pour demander que les tribunaux lui viennent en aide et répriment, en prononçant la radiation, un empiétement qui vient l'atteindre dans ses prérogatives de mari (1). Et vainement on lui oppose la disposition de l'art. 2136 du Code civil. Si cet article charge le mari de rendre publique l'hypothèque dont ses biens sont grevés au profit de sa femme, l'obligation qu'il impose n'a pas de sanction dans la loi; c'est un simple précepte : le mari prendra son temps et consultera ses convenances pour s'y soumettre; il ne doit compte qu'à lui-même de la détermination qu'il prend à cet égard. Les tribunaux n'ont donc pas à intervenir; et de même qu'ils ne pourraient exiger du mari qu'il prenne inscription dans l'intérêt de la femme, de même ils ne peuvent se refuser à l'entendre, ni repousser son action lorsqu'il vient demander la nullité et la radiation d'une inscription prise contre lui par des tiers autres que ceux auxquels la loi a donné mission de la requérir (2). — Voilà pour l'appréciation.

Quant aux motifs sur lesquels l'appréciation paraît fondée, ils sont tout aussi contestables. La Cour d'Amiens déclare l'action du mari non recevable et mal fondée, notamment en ce qu'elle a pour objet de faire disparaître la publicité donnée *à l'hypothèque comme conséquence des actes qu'il a fait souscrire à sa femme.* Ce qui revient à dire, si nous ne

---

(1) Voy., en ce sens, un arrêt duquel il résulte qu'il suffit qu'une inscription ait été prise illégalement pour que le débiteur ait le droit d'en demander la mainlevée sans attendre les poursuites. Cass., 2 avr. 1856 (*J. Pal.*, 1856, t. II, p. 184).

(2) *Sic* un arrêt rendu par la Cour de cassation dans l'intérêt de la loi (12 févr. 1811) et les conclusions de Merlin (*Rép.*, v° Transcr., § 5, n° 5).

nous trompons sur la portée de cette formule trop concise peut-être, que l'hypothèque garantit précisément l'indemnité résultant, au profit de la femme, de l'obligation solidaire qu'elle a contractée avec son mari, et que cette indemnité, définitivement assurée si l'inscription du créancier subrogé profite à la femme, est compromise, au contraire, si cette inscription est complétement radiée. Mais, qu'il nous soit permis de le dire, la Cour se méprend à la fois et sur la nature du droit et sur les chances que peuvent avoir à courir les intérêts de la femme.

Sans doute, celle-ci a une indemnité garantie par l'hypothèque légale à raison de l'obligation solidaire que son mari lui a fait consentir. Toutefois, son droit à cet égard, bien qu'il remonte au jour même de l'obligation, ne se réalise que si elle vient à payer pour le mari; il est donc éventuel tant que le créancier n'est pas remboursé. Dans cette position, c'est à la femme à conserver cette éventualité par une inscription prise en son nom et à son profit; elle le peut incontestablement, si elle juge à propos de le faire : mais l'inscription que prend le créancier n'a pas et ne peut pas avoir cet effet, car le créancier n'est pas le *negotiorum gestor* de la femme; et quand il s'inscrit pour la conservation de son droit personnel, ce qui le préoccupe le moins assurément, ce sont les intérêts respectifs du mari et de la femme et le recours que la loi donne à celle-ci contre celui-là. La femme a su, lorsqu'elle conférait un droit personnel au créancier, qu'elle lui donnait par cela même la faculté de disposer de ce droit à son gré; c'était à elle, si elle craignait que l'exercice de cette faculté tournât contre elle, de conserver, de son côté, son droit propre et particulier.

D'ailleurs, quand on va au fond des choses, on voit que rarement le recours de la femme se trouvera compromis. Cela ne pourrait arriver, en effet, que dans le cas où le créancier viendrait à donner mainlevée de son inscription sans être désintéressé. Mais comme le créancier, dans ce cas, exposerait son propre droit personnel et le mettrait en péril, le fait ne saurait se produire que par exception. Habituellement et pour ainsi dire toujours, l'inscription est conservée jusqu'au jour du payement. Et alors, de deux choses l'une : ou le créancier est payé par le mari ou par la communauté, et dans ce cas la femme n'a pas d'indemnité à prétendre, ni par cela même d'hypothèque; ou le créancier est payé soit des deniers, soit des reprises de la femme, et alors, subrogée qu'elle est, d'après la jurisprudence, aux droits du créancier (1), la femme trouve la garantie de son recours contre le mari dans l'inscription prise par ce dernier.

Ainsi, à tous les points de vue, dans son principe comme dans ses motifs, l'arrêt de la Cour d'Amiens, nous le répétons, s'écarte absolument de la vérité juridique : c'est à tort, évidemment, que cet arrêt a reconnu au conservateur des hypothèques le droit de réserver au profit de la femme l'effet d'une inscription prise pour lui et dans son intérêt

---

(1) Voy. les arrêts de la Cour de Lyon, des 4 août 1853 et 11 août 1855, cités plus haut (p. 214).

par le créancier à qui elle avait cédé ses reprises avec subrogation dans l'hypothèque légale. Ce droit aurait pu lui être attribué s'il y avait eu dans l'inscription une mention, un indice quelconque de nature à faire supposer que le créancier, en la requérant, avait agi en la double qualité d'ayant droit personnel et d'ayant cause de la femme, parce qu'alors l'inscription, comme nous l'avons indiqué plus haut (voy. n° 800), bien qu'elle soit prise par le créancier, est un acte essentiellement conservatoire du droit de la femme, et ne devient même un acte utile pour lui qu'à ce seul titre. Mais il n'y avait rien de cela : le créancier, dans l'espèce, avait un droit personnel; tout dans l'inscription par lui prise indiquait qu'il avait voulu conserver ce droit, indépendamment de celui de la femme qu'il n'avait aucun intérêt à sauvegarder : la réserve faite par le conservateur, et que la Cour a validée, était donc une violation manifeste de la règle générale écrite en tête de notre démonstration, et qui sera notre conclusion, à savoir : que la subrogation dont un créancier réclame les effets en vertu d'une inscription distincte crée en lui un droit propre et personnel qu'il exerce dans son intérêt et dont personne autre, ni les créanciers subrogés, ni la femme elle-même, ne saurait se prévaloir ou profiter (1).

XIV. — 802. Nous avons vu en quoi consiste l'exception consacrée par notre article, en faveur du mineur, de l'interdit et de la femme mariée, au principe que l'hypothèque n'existe utilement que par l'inscription et n'a de rang, entre créanciers, qu'à la date de l'inscription. Il nous reste à dire, pour compléter le commentaire de cet article, dans quelle mesure l'exception profite à ceux en faveur de qui elle est établie. Nous allons rencontrer ici une autre disposition de la loi du 23 mars 1855 : c'est celle de l'art. 8, qui a réalisé l'une des mesures par lesquelles il convenait de modifier, comme nous l'avons dit au n° 739, la théorie de l'hypothèque légale telle qu'elle s'était établie sous le Code civil.

La question qui se pose est de savoir si l'exception consacrée par la loi survit à sa cause, c'est-à-dire si elle subsiste encore quand a cessé l'état de subordination ou d'incapacité dans lequel l'hypothèque légale et ses attributs ont leur raison d'être. En d'autres termes, on se demande si cette hypothèque continue de jouir de ses prérogatives, soit en faveur de la femme alors même qu'elle est rétablie dans son indépendance par la dissolution du mariage, soit en faveur du mineur ou de l'interdit alors même que la cessation de la tutelle l'a mis ou replacé

---

(1) La jurisprudence et la doctrine paraissent fixées en ce sens. En effet, la Cour de cassation, qui, on l'a vu par l'une des notes précédentes, avait rejeté le pourvoi dirigé contre l'arrêt ci-dessus discuté de la Cour d'Amiens, a, sur un nouvel examen de la question, cassé l'arrêt cité plus haut de la Cour d'Orléans, du 4 août 1859, lequel était conforme à celui de la Cour d'Amiens. Cass., 5 févr. 1861 (S.-V., 61, 1, 209; *J. Pal.*. 1861, p. 340; Dall., 61, 1, 65). Elle a persisté ensuite dans cette doctrine. Rej., 21 juill. 1863 (S.-V., 63, 1, 489; *J. Pal.*, 1864, p. 29; Dall., 63, 1, 339). Voy. aussi Rouen, 26 déc. 1862; Lyon, 18 août 1864; Dijon, 2 janv. 1865; Orléans, 9 juin 1874 (S.-V., 64, 2, 46; 66, 2, 96; 74, 2, 302; *J. Pal.*, 1864, p. 530; 1866, p. 455; 1874, p. 1274). *Junge :* MM. Bertault (n° 101); Aubry et Rau (t. II, p. 900; 4e édit., t. III, p. 470); Mourlon (*Transcr.*, t. II, nos 1041 et suiv.); Verdier (*id.*, t. II, n° 697).

dans le plein exercice de sa capacité civile. La question a pu se poser sur les deux prérogatives notables dont jouit l'hypothèque légale de la femme, du mineur, de l'interdit, la généralité et la dispense d'inscription : mais il s'en faut qu'elle ait présenté la même difficulté sur les deux points.

803. Ainsi, que, même après la fin du mariage ou de la tutelle, l'hypothèque doive conserver encore le bénéfice de la généralité qui en est la condition même, sauf les cas de réduction réglés par les art. 2140 à 2145 (*suprà,* n[os] 542 et suiv.), c'est de toute évidence. En effet, pendant la durée du mariage ou de la tutelle, le pupille et la femme n'ont, généralement du moins, rien à demander ; l'hypothèque est, entre leurs mains, un droit à peu près inerte, qui veille pour eux sans doute, mais qui n'a pas, quant à présent, à se mettre en mouvement. C'est particulièrement quand le mariage est dissous ou quand la tutelle a pris fin que la femme, le mineur, l'interdit, peuvent, au moins dans les cas ordinaires et les plus fréquents, réclamer ce qu'ils ont à prétendre contre le mari ou le tuteur ; c'est donc alors surtout qu'il leur importe d'avoir leur hypothèque avec toute son étendue et dans toutes ses conditions d'efficacité. Et certainement, la loi, qui en donnant exceptionnellement à cette hypothèque l'avantage de la généralité a eu en vue d'assurer d'autant mieux le recouvrement des créances qu'elle protége, se fût montrée imprévoyante et bien peu conséquente avec elle-même si elle eût entendu que cet avantage, acquis au créancier quand il n'a rien ou à peu près rien à en faire, lui serait retiré précisément à l'heure où il trouverait à l'utiliser. Assurément, la faveur de la loi ne pouvait pas être à ce point illusoire : le sens intime dit que la généralité subsiste et se maintient aussi longtemps que l'hypothèque se maintient et subsiste elle-même. Cela n'a jamais fait difficulté (voy. *suprà,* n° 509).

804. Mais la question soulevait, au contraire, les difficultés les plus sérieuses lorsqu'elle se posait à propos de la prérogative résultant de notre art. 2135, par lequel est proclamée l'existence de l'hypothèque indépendamment de toute inscription. Cette hypothèque, à laquelle la loi permet de rester occulte pendant le mariage ou la tutelle, et qui, bien que non inscrite, n'en a pas moins son rang et sa date, pourra-t-elle rester occulte indéfiniment après la fin du mariage ou de la tutelle, et avoir néanmoins sa date et son rang aux époques diverses que notre article a déterminées? Ceci n'est plus une question aujourd'hui que la loi du 23 mars 1855, revenant aux données de cet édit célèbre de 1673 que nous avons montré déjà devançant sur tant de points les idées de son époque, a équitablement concilié la protection due aux incapables avec les besoins de la publicité. Mais avant la loi nouvelle, la question était des plus graves, et elle avait donné lieu à une jurisprudence qu'il importe, sinon d'approfondir et de discuter, au moins de rappeler, ne fût-ce qu'à titre de préliminaires aux observations sur la disposition nouvelle par laquelle ce point de droit est désormais tranché.

805. Dans les premières années qui suivirent la publication du Code civil, on voulut suppléer au silence de ce Code, sur le point qui nous

occupe, en se rattachant à quelques dispositions que la loi du 11 brumaire an 7, depuis peu de temps abrogée alors, avait empruntées à l'édit de 1673. Ainsi, tout en faisant fléchir le principe de la publicité au profit des incapables, Colbert avait senti que cette faveur devait être limitée, et que lorsqu'un certain temps s'était écoulé après que les incapables avaient été mis en position de se protéger par eux-mêmes, il fallait les soumettre à cette règle de la publicité que l'édit se proposait de généraliser. Dans cette pensée, l'édit exprimait, quant aux mineurs, qu'ils seraient tenus, dans l'année qui suivrait leur majorité, de former leur opposition sur les biens de leurs tuteurs et de la faire enregistrer, à défaut de quoi ils cesseraient d'avoir rang du jour de la tutelle; et quant aux femmes, qu'elles auraient aussi ces formalités à remplir, sous la même sanction, savoir : les femmes séparées, dans les quatre mois de l'action du jugement de séparation; et les femmes devenues veuves, dans l'année qui suivrait le décès de leurs maris (art. 60 à 64). La loi du 11 brumaire an 7 s'était ensuite inspirée de ces dispositions, et, les appropriant à son système, qui, on l'a vu plus haut, soumettait toutes les hypothèques, et même les hypothèques légales, à la nécessité de l'inscription, elle avait dit, par son art. 23, que « l'effet des inscriptions subsisterait, savoir : sur les comptables dénommés en l'art. 21 (parmi lesquels figurent les tuteurs et les curateurs)... *jusqu'à l'apurement définitif du compte et six mois au delà;* et, sur les époux, pour tous leurs droits et conventions de mariage, soit déterminés, soit éventuels, *pendant tout le temps du mariage et une année après.* »

C'est sur l'autorité de ces précédents, et bien qu'aucune disposition du Code civil ne les eût expressément confirmés, que quelques tribunaux, à l'origine, voyant dans l'inscription un acte purement conservatoire, pensèrent que la loi avait bien pu dispenser la femme, le mineur, l'interdit, du soin de *conserver* leur hypothèque tandis qu'ils en étaient empêchés, mais que lorsque les obstacles étaient levés par l'effet de la dissolution du mariage ou de la cessation de la tutelle, il n'y avait plus de raison pour que la loi affranchît ceux qu'elle avait pu et dû protéger jusque-là, des obligations imposées à tous créanciers hypothécaires au point de vue de la conservation de leurs droits (1). Et puis, comme il n'y avait pas de texte dans le Code qui fixât le délai dans lequel l'inscription devrait être prise par la femme devenue veuve, par le mineur devenu majeur, par l'interdit légalement relevé de l'interdiction, ou par leurs héritiers, on y suppléait en disant que la formalité serait accomplie au plus tard dans le délai où les inscriptions doivent être renouvelées, c'est-à-dire dans dix ans (art. 2154) à compter de la dissolution du mariage ou de la cessation de la tutelle, si les immeubles avaient continué de rester dans les mains du mari, du tuteur ou de leurs héritiers; ou dans le délai et les formes prescrits pour tous les créanciers hypothécaires indistinctement, si l'immeuble sujet à l'hypothèque lé-

(1) Voy. Nîmes, 28 mars 1806, et Agen, 8 mai 1810.

gale avait été aliéné après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle.

Mais, il faut le dire, le système était purement arbitraire. Dès qu'on admettait que le droit résultant de l'hypothèque résidait, ne fût-ce qu'un instant, dans son intégralité, sur la tête de la femme devenue veuve, du mineur devenu majeur, de l'interdit relevé de l'interdiction (et ceci on était bien forcé de l'admettre, puisque autrement le droit eût été complétement illusoire), il fallait bien reconnaître aussi que ce droit ne pouvait être anéanti ou modifié que par une disposition expresse de la loi. Or, cette disposition, quelque juste, quelque conforme qu'elle fût au principe de la publicité, ne se trouvait pas cependant dans le Code. Le système qui avait tenté de l'y suppléer ne pouvait donc pas prévaloir.

Aussi était-il généralement repoussé. Il fut d'abord virtuellement condamné par le conseil d'État dans des Avis où la difficulté est résolue sinon directement, au moins dans les termes les moins équivoques. Ces Avis, au nombre de trois, ont trait : le premier, à la question de savoir si les inscriptions prises d'office et celles des mineurs, des femmes et du trésor public doivent être renouvelées avant l'expiration du délai de dix ans fixé par l'art. 2154; les deux autres, aux difficultés qui s'élèvent sur la manière de purger les hypothèques. Dans le premier, qui est du 13 décembre 1807, et a été inséré au *Bulletin des lois* le 22 janvier 1808, le conseil d'État compare l'art. 2154 de notre Code avec l'article 23 de la loi de brumaire; il fait remarquer que si les deux articles s'accordent en ce que l'un et l'autre posent la règle du renouvellement de l'inscription, ils diffèrent en ce que celui de la loi de brumaire fait une exception, qui n'est pas reproduite dans l'article du Code, en faveur des inscriptions prises sur les biens des époux, lesquelles devaient durer pendant tout le temps du mariage *et une année après;* et puis, expliquant cette différence, le conseil d'État décide que *ce n'est pas par oubli, mais avec réflexion,* que le Code ne reproduit pas l'exception; que c'est là une conséquence des principes nouveaux qui, n'obligeant pas la femme à une inscription pour l'établissement de son hypothèque, ne sauraient comporter la nécessité d'une inscription pour la conservation de cette hypothèque. Dans le second Avis, qui est à la date du 9 mai 1807 et a été approuvé le 1er juin suivant, le conseil d'État exprime que lorsque, soit la femme *ou ceux qui la représentent,* soit le subrogé tuteur, ne seront pas connus de l'acquéreur, il sera nécessaire et il suffira, pour remplacer la signification qui doit leur être faite, aux termes de l'art. 2194, que l'acquéreur déclare, dans la signification à faire au procureur impérial, qu'il fera publier la susdite signification par la voie des journaux du département, s'il y en a. Vient enfin l'Avis du 3 mai 1812, approuvé le 8 du même mois : celui-ci est plus explicite et plus complet en ce sens qu'il y est question de l'hypothèque légale du mineur aussi bien que de celle de la femme, et le conseil d'État exprime nettement que « le mode de purger les hypothèques lé-

gales des femmes et des mineurs, établi tant par le Code civil que par le précédent Avis, est applicable *aux femmes veuves et aux mineurs devenus majeurs*, ainsi qu'à leurs héritiers ou autres représentants; et qu'il n'y a pas nécessité de fixer un délai particulier *aux femmes après la mort de leurs maris, et aux mineurs devenus majeurs ou à leurs représentants, pour prendre inscription.* »

Et la jurisprudence, s'autorisant de ces décisions, a reconnu à son tour que l'hypothèque légale de la femme, du mineur, de l'interdit, se conserve dans son intégrité après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, et que tant que l'immeuble qui en est frappé reste aux mains du débiteur de la dot ou du compte de tutelle, la femme devenue veuve et le pupille devenu majeur ou relevé de l'interdiction y peuvent exercer le droit résultant de leur hypothèque, au rang que leur assigne notre art. 2135, par préférence aux inscriptions intermédiaires de tous autres créanciers (1). Par tempérament, il avait été décidé parfois, vis-à-vis du mineur, que son hypothèque se trouve éteinte par l'expiration du délai de dix ans écoulés depuis sa majorité, sans qu'aucune inscription ait été prise (2). Mais il était jugé en même temps que lorsque la durée de l'action du mineur se prolongeait au delà du délai ordinaire de dix ans, comme dans le cas où cette action tendait au redressement du compte pour omission dolosive, l'hypothèque légale, qui en était le corrélatif, devait se conserver pendant le même temps, à moins qu'elle n'eût été purgée ou que le mineur n'en eût donné mainlevée (3); et même que l'hypothèque fût-elle totalement éteinte par l'effet de la reddition du compte de tutelle, suivie du payement du reliquat, elle renaissait à la date de l'acceptation de la tutelle et primait toutes les hypothèques consenties par le tuteur au profit d'autres créanciers, même depuis le compte de tutelle, s'il arrivait que ce compte vînt à être redressé par suite d'erreurs ou d'omissions, d'où résultait en définitive un reliquat de compte à la charge du tuteur (4).

Telles étaient les données de la jurisprudence, qui, à défaut de dispositions fixant un délai quelconque dans lequel la femme, le mineur et

(1) Voy. Turin, 10 janv. 1812; Montpellier, 1er févr. 1828 et 24 févr. 1829; Bordeaux, 24 juin 1836; Paris, 16 mars 1839 (S.-V., 37, 2, 38; Dall., 39, 2, 115; *J. Pal.*, à leur date).

(2) Voy. Paris, 17 juin 1837, et Grenoble, 30 juin 1838 (S.-V., 38, 2, 161, et 39, 2, 106; Dall., 39, 2, 78; *J. Pal.*, à leur date).

(3) Toulouse, 18 juill. 1839 et 7 mars 1855; Req., 23 déc. 1856 (Dall., 39, 2, 253; 56, 2, 110; 57, 1, 205).

(4) Voy. Cass., 21 févr. 1838; Orléans, 12 janv. 1839; Cass., 18 août 1840 (S.-V., 38, 1, 193; 39, 2, 316; 40, 1, 995; *J. Pal.*, 1838, t. I, p. 259; 1839, t. I, p. 247; Dall., 38, 1, 97; 39, 2, 95; 40, 1, 315). Voy. aussi M. Demolombe (t. VIII, nos 143 et suiv.). — Il a été décidé même, dans le sens de cette jurisprudence, que la restriction consentie par un pupille devenu majeur, de son hypothèque légale à certains immeubles du tuteur, à raison du reliquat du compte de tutelle dont celui-ci est resté débiteur, ne saurait être opposée au pupille par les autres créanciers du tuteur, dans le cas où cette restriction vient à être révoquée judiciairement par suite de la découverte de dissimulations commises par le tuteur dans son compte de tutelle. Douai, 22 avr. 1857 (S.-V., 57, 2, 746). — Voy. cependant Limoges, 9 mars 1850; Montpellier, 17 déc. 1851 (S.-V., 53, 2, 300; 52, 2, 664). *Junge:* Amiens, 22 août 1834, arrêt cassé par celui du 21 févr. 1838 ci-dessus cité.

l'interdit fussent tenus de faire inscrire leur créance sur les biens du mari ou du tuteur, étaient d'une exactitude parfaite sous l'empire du Code civil.

806. Mais, évidemment, il y avait dans le Code une exagération véritable de la protection due à la femme, au mineur, à l'interdit : la loi conduisait ainsi, par ses lacunes, par son silence involontaire ou calculé, à tenir pour *perpétuelle* une exception qui, ayant sa cause dans une situation essentiellement temporaire, devait être *temporaire* elle-même comme cette situation. C'est ce que l'édit de 1673 avait compris à merveille, et il avait réalisé cette pensée dans les dispositions ci-dessus analysées et que la loi de l'an 7 s'était heureusement appropriées. Ce qu'il y avait de mieux à faire assurément, c'était de revenir à ces précédents législatifs; ainsi pensait-on en 1851, dans l'Assemblée législative, lorsque les projets de réforme hypothécaire y étaient discutés (1); ainsi ont pensé, à leur tour, les rédacteurs de la loi du 23 mars 1855, qui, empruntant à ces projets de 1851 leur rédaction à peu près littérale, ont disposé, par l'art. 8, que « si la veuve, le mineur devenu majeur, l'interdit relevé de l'interdiction, leurs héritiers ou ayants cause, n'ont pas pris inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, leur hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement. » Les rédacteurs de la loi sont allés plus loin : non-seulement ils ont réglé l'avenir, mais encore, remontant au passé et saisissant les faits accomplis au moment où la loi devenait exécutoire, ils les ont soumis à la même règle : c'est ce qui résulte de l'art. 11, § 5, aux termes duquel « l'inscription exigée par l'art. 8 doit être prise dans l'année à compter du jour où la loi est exécutoire; à défaut d'inscription dans ce délai, l'hypothèque légale ne prend rang que du jour où elle est ultérieurement inscrite. »

Ce sont les dispositions que nous avons maintenant à commenter pour compléter nos observations sur notre art. 2135. Voyons donc en quels cas, dans quelle mesure et sous quelle sanction ces dispositions nouvelles modifient celles du Code et limitent la faveur que notre article accorde à la femme, au mineur et à l'interdit.

XV. — 807. Quand on se pénètre du but que se propose la loi nouvelle, on arrive aisément à en préciser la portée. La loi veut couper court aux abus et aux dangers de l'ancien état de choses. Or, ces dangers et ces abus résultaient non pas de la dispense d'inscription dont jouit l'hypothèque légale de la femme, du mineur ou de l'interdit, mais de ce que cette dispense survivait aux causes en vue desquelles elle est ac-

---

(1) Les projets de réforme préparés alors contenaient une disposition qui suivait celle où était proclamée l'existence de l'hypothèque légale indépendamment de toute inscription au profit des mineurs et interdits et des femmes, et par laquelle il était dit que, « faute par les ayants droit ou leurs représentants d'avoir pris inscription dans l'année qui suivra la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, les hypothèques légales énoncées dans l'article précédent ne produiront d'effet qu'à la date des inscriptions ultérieurement prises. » (Voy. l'art. 2131 du projet admis dans la seconde délibération et l'art. 2128 du projet préparé pour la troisième.)

cordée; donc, c'est quand ces causes auront pris fin que les dispositions exceptionnelles du Code, au point de vue de la publicité, cesseront d'avoir leur effet. L'orateur du gouvernement, M. Suin, a nettement exprimé cette idée, dans l'Exposé des motifs de la loi, lorsqu'il a dit: « L'existence de l'hypothèque légale, indépendamment de toute inscription, a soulevé d'interminables débats; nous ne voulons pas même donner le plus léger prétexte de les renouveler. Cette grande faveur sera maintenue *tant que sera maintenue sa raison d'être:* tant que la femme est dans la dépendance du mari, dont l'intérêt est contraire au sien; tant que le mineur est sous l'autorité d'un tuteur disposé à se défendre contre toute inscription, si elle était nécessaire, la loi supplée, par une protection peut-être exorbitante, à la résistance du mari ou du tuteur. *Mais, quand la capacité d'action sera venue à l'un et à l'autre, le besoin de la publicité reprendra tous ses droits; et il ne peut plus être question que d'accorder un délai pour remplir la formalité prescrite par la loi commune.* »

Cependant la loi ne procède pas, comme on a pu s'en convaincre, par voie de disposition impérative; elle ne dit ni dans l'art. 8, ni dans l'art. 11, § 5, que les incapables dont elle parle seront tenus d'inscrire, dans le délai fixé, l'hypothèque qu'ils tiennent de la loi: elle dispose dans la prévision du cas où la *veuve,* le mineur *devenu majeur,* l'interdit *relevé de l'interdiction,* leurs héritiers ou ayants cause, n'auraient pas pris inscription dans ce délai. De là quelques doutes qu'il importe d'éclaircir.

808. Quant à la femme, d'abord, il y a un point qui est hors de toute controverse: c'est que, pour elle, l'obligation d'inscrire ne peut naître que quand le mariage est dissous. En effet, l'art. 8 parle en premier lieu de la *veuve;* il parle ensuite *de la dissolution du mariage:* c'est donc à dire que, tant que le mariage subsiste, l'hypothèque de la femme est régie par les dispositions du Code civil et demeure dispensée d'inscription. En ceci, la loi de 1855 n'a pas reproduit complétement l'édit de 1673, qui imposait, non-seulement à la *veuve,* mais encore à la femme *séparée de biens,* l'obligation de former son opposition sur les biens de son mari, et de la faire enregistrer dans un délai déterminé (voy. *suprà,* n° 805). D'ailleurs, ce n'est pas sans intention que la loi nouvelle n'est pas allée jusque-là. L'attention du législateur a éte appelée sur cette disposition de l'édit de 1673, et il a été proposé de la reproduire. Mais on a considéré que si la séparation rend à la femme un droit d'administration plus ou moins étendu, elle ne détruit pas absolument l'influence maritale et ne crée pas un état d'indépendance tel que la femme soit suffisamment en position de veiller par elle-même à la conservation de ses droits (1). C'est donc à la dissolution du mariage seulement que la femme cesse d'être dispensée de rendre publique l'hypothèque qu'elle a sur les biens du mari, puisque les causes

(1) Voy. MM. Troplong (*De la Transcr.*, n° 308); Grosse (*Comment. de la loi du 23 mars 1855,* n° 245); Rivière et François (n° 123); Lesenne (n° 137); Lemarcis (p. 39, n° 3); Ducruet (p. 34).

en vue desquelles la dispense d'inscription a été établie par le Code civil subsistent jusque-là, même dans le cas de séparation (1).

809. Mais le mariage peut se dissoudre par la mort de la femme elle-même. L'obligation d'inscrire existera-t-elle pour ses héritiers? Ce cas n'est pas littéralement prévu dans l'art. 8 de la loi. Cet article parle de la *veuve* et de ses héritiers ou ayants cause; il ne dit rien des héritiers de la *femme prédécédée*. Cependant l'esprit de la loi doit venir ici en aide à la lettre. En définitive, que veut le législateur? Limiter dans une juste mesure la faveur dont jouit l'hypothèque légale, et rentrer dans la règle commune de la publicité aussitôt que cesse l'état de subordination ou d'incapacité qui a dû faire fléchir la règle. D'après cela, il faudra dire sans hésiter que si les héritiers de la femme dont la mort opère la dissolution du mariage sont majeurs, ils devront rendre publique, dans les termes de l'art. 8 de la loi de 1855, l'hypothèque qu'ils trouvent dans la succession comme garantie des droits de celle qu'ils représentent. Ils ne sont pas, eux, vis-à-vis du débiteur de la dot ou des reprises, dans l'état de dépendance qui a motivé la dispense d'inscription; et l'on ne peut éprouver aucune difficulté à les assimiler aux héritiers de la *veuve*, que l'art. 8 de la loi oblige formellement à prendre inscription (2).

Que si les héritiers de la femme sont en état de minorité à la dissolution du mariage, la solution pourra n'être pas la même. Il faut distinguer, en effet, entre le cas où les mineurs seraient placés sous une tutelle indépendante du mari survivant, et le cas le plus fréquent où ces mineurs seraient des enfants du mariage et sous la puissance et la tutelle légale de leur père.

Dans le premier cas, nous ne trouvons pas non plus l'état de dépendance susceptible de motiver une exception au principe de la publicité. Le mineur est, à la vérité, sous l'autorité d'un tuteur, mais ce tuteur n'est pas le débiteur de la dot ou des reprises de la femme; il n'est pas, pour nous servir des paroles de l'orateur du gouvernement dans l'Exposé des motifs, « le tuteur toujours disposé à se défendre contre toute inscription, si elle était nécessaire. » La loi n'a donc à suppléer ici à aucune résistance, le tuteur sera tenu d'agir dans les termes de l'art. 8 de la loi, et de prendre inscription au nom du pupille, dont toutes les garanties seront dans la responsabilité de ce tuteur.

Mais dans le second cas, c'est-à-dire si les mineurs sont les enfants

(1) Mais à la dissolution du mariage l'obligation d'inscrire prend naissance, et la femme doit la remplir alors même que ses droits, ouverts avant la loi nouvelle, auraient été liquidés avec saisie des immeubles du mari antérieurement à l'expiration du délai fixé par les art. 8 et 11 de la loi de 1855. Agen, 5 mai 1858 (S.-V., 59, 2, 364; Dall., 59, 2, 66; *J. Pal.*, 1859, p. 115). — Voy. aussi Limoges, 14 juin 1860; Toulouse, 19 mars 1861 (S.-V., 61, 2, 68; 62, 2, 280; *J. Pal.*, 1861, p. 528; 1862, p. 176; Dall., 61, 2, 83). Voy. aussi MM. Aubry et Rau (t. II, p. 756; 4e édit., t. III, p. 307), et *infrà*, n° 816. Mais voy. l'arrêt déjà cité de la Cour de Toulouse, du 30 décembre 1859 (*suprà*, n° 801). *Junge :* Orléans, 26 août 1869 (Dall., 69, 2, 185; *J. Pal.*, 1870, p. 466; S.-V., 70, 2, 113).

(2) Grenoble, 29 avr. 1858; Bordeaux, 12 mars 1860; Aix, 10 janv. 1861; Metz, 19 mars 1861 (S.-V., 59, 2, 70; 60, 2, 524; 61, 2, 177; *J. Pal.*, 1858, p. 946; 1861, p. 319 et 706; Dall., 61, 2, 67 et 68). Voy. aussi, sur ce point, nos observations dans la *Revue du not. et de l'enregistr.* (t. I, p. 105, n° 31).

nés du mariage, les enfants placés sous la tutelle légale et la puissance de leur père, il en est tout autrement. Ici nous voyons succéder à l'état de dépendance dans lequel était la mère vis-à-vis du débiteur de la dot l'état d'incapacité de ceux qui désormais sont les créanciers de cette même dot : la protection de la loi continue donc d'être nécessaire, et l'hypothèque devra subsister indépendamment de toute inscription tant que cette incapacité subsistera elle-même. C'est l'opinion que nous avons formulée dans la première édition de ce livre. Elle a été énergiquement contestée depuis. Et il faut le dire, la solution contraire d'après laquelle l'art. 8 serait opposable aux héritiers mineurs, même sous la tutelle de leur père, est, en l'état actuel des choses, dominante dans la jurisprudence et la doctrine (1).

Nous persistons, cependant, dans notre opinion qui, d'ailleurs, n'est pas sans de très-puissants appuis dans la doctrine et dans la jurisprudence (2). Et nous y persistons, parce que, comme nous avons essayé de l'établir ailleurs (3), elle a incontestablement pour elle l'esprit général de la loi, dont le législateur de 1855 n'a eu nullement la pensée de s'écarter.

Il est remarquable, en effet, que tout écrit qu'il soit dans la loi du 23 mars 1855 *sur la transcription,* l'art. 8 est, à vrai dire, étranger au sujet même de la transcription. Il est, dans le fait, un appendice à l'art. 2135 du Code civil; à ce titre, il appartient au régime hypothécaire, et se réfère à la partie de ce régime qui détermine le caractère et les conditions de l'hypothèque légale. C'est, en quelque sorte, un épisode dans la loi sur la transcription : les rédacteurs de cette loi ont saisi l'occasion qui s'offrait à eux de toucher à cette hypothèque légale (d'ailleurs sans en changer les conditions fondamentales), sur un point où la nécessité de la réforme n'avait jamais été contestée. Ainsi il y a, entre

---

(1) Cette solution a été consacrée par plusieurs des arrêts cités à la note précédente, auxquels il faut ajouter les arrêts des Cours de Grenoble, 26 février 1863; de Toulouse, 2 janvier 1863; d'Aix, 15 janvier 1867; de Bourges, 17 février 1872; de Paris, 21 janvier 1875 (S.-V., 63, 2, 75 et 171; 69, 2, 15; 72, 2, 133; 75, 2, 77; *J. Pal.*, 1863, p. 470 et 954; 1869, p. 102; 1872, p. 622; 1875, p. 347). Elle a été sanctionnée, à la vérité après partage, par la chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 2 mai 1866 (*J. Pal.*, 1866, p. 609; S.-V., 66, 1, 233; Dall., 66, 1, 241). Et elle est vivement soutenue par MM. Pagès (*Rec. de l'Acad. de législ. de Toulouse,* t. VII, p. 406); Aubry et Rau (t. II, p. 753, note 17; 4e édit., t. III, p. 305, note 19); Flandin (*Transcr.*, nos 1018 et suiv.); Verdier (*ibid.*, no 626); Bressolles (no 98); Gauthier (*Cod. des plac. fonc.*, no 395, note 1); Labbé (*J. Pal.*, 1866, p. 609); Mourlon (*Tr. de la Transcr.*, no 811; Dall., 66, 1, 241, à la note, et *Rev. prat.*, t. XXII, p. 193 et suiv.).

(2) Nombre de Cours et de Tribunaux s'y sont rattachés. Voy. Riom, 3 août 1863; Agen, 6 déc. 1864; la Martinique, 23 juill. 1866; Trib. du Puy, 12 janv. 1865 (S.-V., 63, 2, 171; 65, 2, 138; 67, 2, 20; *Rev. du not. et de l'enregistr.*, no 1189; *J. Pal.*, 1863, p. 954; 1865, p. 690; 1867, p. 106; Dall., 65, 2, 26; 66, 2, 173). La Cour de Toulouse, qui l'avait d'abord repoussée, l'a plus tard accueillie par arrêt du 9 juin 1875 (S.-V., 75, 2, 336; *J. Pal.*, 1875, p. 1265). Elle a été défendue par MM. Grosse (*Transcr.*, no 251); Troplong (*ibid.*, 2e édit., no 311), et surtout par MM. Nicollet et Bouniceau-Gesmon, dont les dissertations particulièrement remarquables (*Rev. crit.*, t. XIII, p. 548, et t. XXX, p. 289; et *Rev. prat.*, t. XXI, p. 449, et t. XXIII, p. 97 et suiv.), ne laissent rien debout, à notre avis, des arguments sur lesquels la doctrine contraire est fondée.

(3) *Rev. du not. et de l'enregistr.* (t. I, no 31, et t. VII, no 1590).

cet art. 8 et les dispositions précédentes de la loi de 1855, une différence dont, au point de vue de l'interprétation, il est impossible de ne pas tenir compte. Tandis que celles-ci sont l'organisation même de la transcription, c'est-à-dire de la publicité érigée en principe pour les mutations immobilières, l'art. 8 est simplement une limitation au principe contraire de la clandestinité, dont la loi générale fait la condition même de l'hypothèque légale. En d'autres termes, il y a, d'un côté, un principe; d'un autre côté, il y a une exception ou une dérogation : le procédé et la règle d'interprétation ne sauraient donc être les mêmes. Si, par rapport aux dispositions relatives à la transcription, à l'objet direct et spécial de la loi de 1855, au principe même que cette loi institue et qu'elle organise, l'interprétation peut et doit être faite largement, au contraire, l'interprétation restrictive est de rigueur par rapport à l'article 8, qui, se rattachant non pas aux principes de la transcription, mais à l'art. 2135 du Code civil à titre d'exception, doit, comme toute disposition exceptionnelle et dérogatoire, être strictement renfermé dans son objet direct et précis.

Cela étant, quel est, touchant l'hypothèque légale, le principe établi dans le Code civil par le législateur de 1804? Et quelle est, par rapport à ce principe, l'exception ou plutôt la limitation édictée par le législateur de 1855? Or, sur le premier point, il n'y a pas de dissentiment possible : le principe, c'est l'existence de l'hypothèque indépendamment de l'inscription; c'est la clandestinité. Sans doute, cette hypothèque même n'est pas dispensée d'inscription d'une manière absolue : les art. 2136 à 2139, dont nous allons présenter le commentaire, imposent l'obligation ou donnent la faculté à certaines personnes de rendre publiques les hypothèques dont sont grevés les biens des maris et des tuteurs du chef des femmes et des pupilles. Toutefois, est-ce à dire que l'efficacité de l'hypothèque dépende de l'inscription ainsi requise et y soit attachée? En aucune façon. Si la prescription de la loi n'a pas été suivie, les tiers qui en auraient souffert un préjudice pourront bien exercer tel ou tel recours contre ceux à qui était imposée l'obligation d'inscrire ou de veiller à la prise de l'inscription. Mais leur droit ne prévaudra pas contre celui de la femme ou du pupille : quoique non inscrite, la créance de ces derniers prendra le pas sur celle que les tiers auraient acquise contre le mari ou contre le tuteur, et qu'ils auraient entendu conserver au moyen de l'inscription. Car cette créance est garantie par une hypothèque qui découle de la loi d'une manière principale et directe, qui existe de plein droit, et s'attache à la créance indépendamment de toute manifestation, par le créancier, de la volonté d'obtenir la sûreté hypothécaire, et, par l'obligé, de la volonté de consentir cette sûreté. Ainsi, voilà la pensée de la loi : le législateur prend sous sa tutelle celui qui n'a pas la capacité ou l'indépendance nécessaires pour défendre ses intérêts; il lui subvient et le protége, parce qu'il ne peut pas se protéger lui-même. Voilà le principe et la raison d'être de la dispense d'inscription, telle qu'elle est instituée par le Code civil.

Et maintenant, quelle est l'exception ou la limitation? Qu'est-ce qui a été retranché de ce principe par l'art. 8 que le législateur a introduit épisodiquement dans la loi du 23 mars? Rien, quant au principe en lui-même; c'est à l'application seulement qu'il s'attache. L'existence de l'hypothèque, indépendamment de l'inscription, était édictée dans le Code en termes absolus, sans restriction ni limite de temps. Il en résultait que la dispense d'inscription était perpétuelle, et que, quelque temps qui se fût écoulé depuis la cessation de la tutelle ou la dissolution du mariage, la femme devenue veuve, le mineur devenu majeur, n'en avaient pas moins leur hypothèque au rang fixé par l'art. 2135. C'est là l'exagération contre laquelle l'art. 8 de la loi de 1855 est spécialement et exclusivement dirigé. Cet article, rentrant dans la vérité des choses, a voulu, en maintenant la dispense d'inscription en principe, qu'elle ne survécût pas aux causes en vue desquelles elle est instituée, et que désormais un privilége qui avait sa raison d'être dans une situation essentiellement temporaire, fût temporaire lui-même comme cette situation. « Si la *veuve,* dit en effet cet article, le mineur *devenu majeur,* l'interdit *relevé de l'interdiction,* leurs héritiers ou ayants cause, n'ont pas pris inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, leur hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement. » Ainsi, le législateur ne procède pas à l'aveugle : il ne détruit pas le principe, il le maintient au contraire, il le confirme. Et le principe étant que l'incapable a droit à la protection de la loi, il dit que cette protection est assurée à l'incapable tant qu'il en a besoin, et que seulement dès qu'il y pourra suffire par lui-même, la loi cessera de le protéger. C'est bien la pensée de l'article; et si le texte ne suffisait pas lui-même à l'exprimer, nous en appellerions à ce passage de l'Exposé des motifs que nous transcrivions tout à l'heure (*suprà,* n° 807), et dans lequel l'orateur du gouvernement disait précisément que « cette grande faveur sera maintenue *tant que sera maintenue sa raison d'être;* que tant que la femme est dans la dépendance du mari, dont l'intérêt est contraire au sien; que tant que le mineur est *sous l'autorité d'un tuteur disposé à se défendre contre toute inscription si elle est nécessaire,* la loi supplée par sa protection à la résistance du mari ou du tuteur... » Or, cela circonscrit nettement la portée de l'art. 8 ; cela montre clairement qu'en toute hypothèse le législateur de 1855 a entendu que le privilége créé par le législateur de 1804 resterait la sauvegarde de l'incapable jusqu'au jour où il serait relevé de son incapacité et une année au delà.

Ces prémisses posées, venons à l'application. De quoi s'agit-il? Non pas précisément de l'hypothèque légale de la *veuve,* dont il est spécialement question dans l'art. 8, mais de l'hypothèque légale d'une *femme prédécédée,* hypothèque que l'enfant de cette veuve, mineur de quelques ans, de quelques mois, de quelques jours peut-être, a trouvée dans la succession de sa mère au moment où il est passé sous la tutelle de son père survivant. Et ce mineur, né à peine le jour de l'ouverture de la tutelle, va perdre, un an après, le rang assigné aux reprises de sa

mère, ce qui est peut-être toute sa fortune, par cela seul que son père, tuteur, qui a ou qui peut avoir un intérêt contraire, aura laissé passer cette année sans donner la publicité à cette hypothèque! Mais comment cela serait-il possible? Est-ce que ce n'est pas là un cas *où la protection de la loi a toujours sa raison d'être?* Est-ce que l'intérêt en question n'est pas celui d'un *mineur placé sous l'autorité d'un tuteur disposé à se défendre contre l'inscription devenue nécessaire?* C'est de toute évidence; et l'Exposé des motifs, la loi elle-même, n'expliquent rien s'ils ne signifient pas que dans une telle situation l'art. 8 n'est pas opposable au mineur.

Qu'oppose-t-on? un argument unique, résumé par la Cour de cassation dans l'arrêt qu'elle a rendu après partage. L'art. 8, dit-on, est général; prévoyant le cas où l'hypothèque légale de la femme doit cesser de rester occulte, il exige d'une manière absolue qu'elle soit inscrite dans l'année qui suit la dissolution du mariage; et l'obligation d'inscrire est imposée non-seulement à la *femme* elle-même, mais encore et d'une manière expresse *à ses héritiers, sans distinction entre les majeurs et les mineurs*.

Tel est l'argument : il est tout entier et exclusivement dans la généralité du mot *héritiers*. C'est le culte de la lettre, avec cette réserve, toutefois, que les partisans du système, tout en opposant le texte à leurs contradicteurs, se mettent, de leur côté, fort à l'aise avec lui. Car enfin, si la loi impose aux *héritiers* l'obligation d'inscrire dans l'année de la dissolution du mariage, c'est aux héritiers de la *veuve* qu'elle impose cette obligation. Or, en s'en tenant rigoureusement à la lettre, le système qui frappe les mineurs, dans notre espèce, tomberait de lui-même, puisque ces mineurs sont les héritiers non pas d'une *veuve,* mais d'une *femme prédécédée*. Cependant le système, si rigoureux observateur de la lettre quant au mot *héritiers,* s'en dégage commodément par rapport au mot *veuve;* il supprime ce dernier mot; il lui substitue le mot *femme,* et avec une certaine liberté d'esprit et de langage, il affirme que ce mot *veuve* est, dans le texte, le résultat d'une *erreur facile à comprendre, et qu'il n'est pas trop hardi de la rectifier!* Ce n'est pas notre avis : nous croyons qu'au point de vue de la lettre, la hardiesse est du côté de celui qui substitue, dans le texte, à une expression plus ou moins gênante, telle ou telle autre expression qui lui permet de se donner libre carrière, et non pas du côté de celui qui prend le texte dans sa formule littérale et s'attache seulement à lui donner une juste et raisonnable explication. Or fait-on autre chose que donner à l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 cette interprétation raisonnable et juste quand on distingue entre les héritiers dont il parle suivant qu'ils sont majeurs, par conséquent capables et libres d'agir, ou mineurs, c'est-à-dire incapables, et placés sous une tutelle suspecte? Est-ce que la raison de décider est la même pour tous les héritiers indistinctement? Est-ce qu'il en est du majeur, de qui il dépend toujours de se mettre à l'abri de la déchéance en accomplissant la formalité qui doit la prévenir, comme du mineur qui ne peut rien? Et quant au mineur

lui-même, est-ce qu'il en est de celui qui a un tuteur étranger, non débiteur de la dot, et dès lors intéressé à faire l'inscription pour dégager sa propre responsabilité, comme de celui qui, ayant pour tuteur son père, débiteur lui-même de la dot garantie par sa fortune immobilière, se trouve sous la main de celui précisément qui a tout intérêt à ce que l'hypothèque légale ne reçoive pas la publicité?

La distinction serait donc commandée ici par la nature, par la nécessité même des choses, quand même elle n'aurait pas été indiquée très-nettement dans l'Exposé des motifs par l'interprète le plus autorisé de la loi. Et nous nous y rattachons, pour notre part, d'autant plus qu'on n'aperçoit pas, en vérité, dans quel intérêt elle serait écartée. On a bien parlé, et l'argument est reproduit dans l'arrêt de la Cour de cassation, des intérêts du crédit immobilier en vue desquels la loi de 1855 a stipulé. Mais ces intérêts sont ici tout à fait hors de cause. La déchéance qui atteindrait le mineur héritier de sa mère et créancier des reprises de celle-ci, ne profitera pas à ceux qui traiteront désormais avec le tuteur; car ceux-là, s'ils n'ont pas à compter avec l'hypothèque légale de la mère défunte, trouveront toujours devant eux l'hypothèque pupillaire qui a pris naissance au jour de l'ouverture de la tutelle, et qui, inscrite ou non inscrite, les primera incontestablement. La déchéance profitera exclusivement aux créanciers du mari antérieurs à la dissolution du mariage, à ces créanciers qui ont contracté avec le mari, qui ont connu ou qui ont dû connaître les droits de la femme encore existante au moment où ils ont traité, et qui, en traitant, avaient accepté les conséquences du principe qui affranchit l'hypothèque légale de toute publicité.

Nous persistons donc à penser que l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 n'est pas opposable aux enfants mineurs placés sous la puissance et la tutelle légale de leur père. On se demandera seulement si l'hypothèque qui garantit le recouvrement de la dot ou des reprises de la femme continuera d'avoir le rang et la date qu'elle avait entre les mains de la mère, ou si elle datera désormais du jour de l'ouverture de la tutelle, c'est-à-dire de la dissolution du mariage. A notre avis, elle aura toujours sa première date, parce que l'hypothèque qui appartient aux mineurs de ce chef est la continuation de celle qu'avait leur mère, et que ne participant en rien de celle qui prend naissance dans le fait de la tutelle, elle n'a aucun motif de prendre sa date au jour où la tutelle a commencé (1).

Quoi qu'il en soit, il serait bon, pour couper court à toute difficulté sur ces points, que la pratique introduisît l'usage de faire inscrire l'hypothèque de la femme par le subrogé tuteur des enfants, chargé par la loi de faire pour eux tous les actes où leurs intérêts sont opposés à celui du tuteur.

810. Enfin, la femme peut avoir cédé à ses créanciers ou à ceux de

---

(1) *Comp.* les arrêts de Bourges, 7 févr. 1872, et de Paris, 21 janv. 1875, cités à l'une des notes précédentes.

son mari les droits résultant de son hypothèque. Quel est alors le devoir des créanciers subrogés? Dans ce cas, le créancier n'est pas le simple *ayant cause* dont parle l'art. 8 ; il est aussi un *ayant droit personnel,* comme nous l'avons fait voir à diverses reprises (voy. *suprà,* n°s 472 et suiv., 787 et 800); il est *saisi personnellement* des droits de la femme, ou de la portion des droits qui lui a été cédée par celle-ci. Aussi la loi a-t-elle cru devoir s'en occuper dans une disposition spéciale, celle de l'art. 9, dont nous avons présenté le commentaire dans les numéros qui précèdent (voy. n°s 778 et suiv.), et lui impose-t-elle par cet article la nécessité de l'inscription, qui seule lui permet d'exciper de son droit et de le faire valoir à l'encontre des tiers. Le devoir du créancier sera donc de s'inscrire. Mais quand et sous quelle sanction? C'est ce que nous verrons en nous occupant du délai fixé par la loi (voy. *infrà,* n°s 817 et suiv.).

811. La disposition de l'art. 8 est plus précise en ce qui concerne l'interdit. Par la mainlevée de l'interdiction, l'interdit recouvre cette *capacité d'action* dont parle l'orateur du gouvernement dans l'Exposé des motifs. Donc, l'interdit vient-il à être relevé de l'interdiction, c'est alors que s'arrête la faveur consacrée par l'art. 2135 du Code civil, et que naît l'obligation d'inscrire imposée par la loi modificative. Et c'est en effet ce qui s'induit des termes mêmes de l'art. 8 de cette dernière loi. Voilà pour l'interdit lui-même.

Mais supposons que la tutelle sous laquelle il était placé cesse par sa mort, ou encore que sa mort survienne quand il était lui-même relevé de l'interdiction, mais avant l'expiration du délai que lui a laissé la loi pour donner la publicité à son hypothèque, que faudra-t-il décider? L'obligation d'inscrire passera incontestablement aux héritiers dans l'un et l'autre cas : dans le premier, parce qu'ils ne sont pas, vis-à-vis du débiteur du compte de tutelle, dans l'état qui avait motivé la dispense d'inscription en la personne de leur auteur, et que, majeurs ou mineurs, ils peuvent agir soit par eux-mêmes, soit par leurs représentants légaux ; dans le second, parce qu'ils continuent leur auteur, qui, étant relevé de l'interdiction au moment de sa mort, aurait eu lui-même à pourvoir à la publicité de son hypothèque dans les termes de la loi nouvelle.

812. En dernier lieu vient le mineur, et, à son égard, la loi emploie des expressions qui n'ont pas toutes la même portée. Ainsi, elle parle d'abord *du mineur devenu majeur,* par où elle semble limiter l'obligation qu'elle impose, et ne faire cesser la dispense d'inscription que dans le seul cas où la tutelle prend fin par l'avénement du pupille à la majorité. Mais elle parle ensuite de la *cessation de la tutelle,* par où elle semble généraliser sa disposition et prescrire la publicité dans tous les cas de cessation de tutelle, et, par conséquent, quand la tutelle a pris fin, non-seulement par la majorité du pupille, mais encore par la mort du tuteur, ou par celle du pupille, ou par l'émancipation de ce dernier. A laquelle des deux inductions faut-il donc s'arrêter? A notre avis, il ne faut s'arrêter d'une manière absolue ni à l'une ni à l'autre : les ex-

pressions diverses dont se sert le législateur ont respectivement leur force et leur valeur; il faut en tenir compte et se prononcer suivant les hypothèses.

813. Ainsi, la tutelle prend-elle fin par la majorité du pupille, il n'y a plus de cause à la protection de la loi; le pupille entre dans l'exercice de sa capacité civile, il acquiert la capacité d'action, et il doit pourvoir à la conservation de son droit hypothécaire, qui désormais n'aura d'efficacité qu'au moyen d'une inscription prise dans les termes de l'art. 8 de la loi : c'est évident, puisque c'est là précisément le cas prévu et signalé par cet article.

814. La tutelle prend-elle fin soit par la mort du tuteur avant la majorité du pupille, soit par l'émancipation de ce dernier, nous dirions, au contraire, que la faveur de la loi générale qui proclame l'existence de l'hypothèque indépendamment de toute inscription doit subsister, parce qu'il reste, dans l'un et l'autre cas, un incapable à protéger (1). On peut objecter, il est vrai, que cela serait bon s'il fallait ici considérer l'incapable vis-à-vis du représentant nouveau qui lui est donné pour remplacer celui dont le mandat légal a pris fin; mais que ce n'est pas de cela qu'il s'agit; que ce qui est en question, c'est la conservation de l'hypothèque grevant, du chef du mineur, les biens de ce dernier mandataire; et que le mineur émancipé et celui dont le tuteur est mort ayant, pour veiller à la conservation de cette hypothèque, soit un curateur, soit un nouveau tuteur, c'est à ce tuteur nouveau ou à ce curateur qu'il appartient d'agir et de requérir l'inscription sur les biens de celui dont l'administration a cessé (2). Toutefois, l'objection ne nous toucherait pas. En principe, le Code fait de l'hypothèque légale ayant sa date et son rang indépendamment de toute inscription la garantie du mineur, à raison de la créance qu'il a sur son tuteur; et si cette garantie, qui est d'ordre public, doit céder, d'après la loi de 1855, c'est seulement quand le mineur, relevé de la tutelle et pouvant se protéger lui-même, n'a plus besoin de la protection de la loi. Or, est-ce là la position du mineur dans l'hypothèse donnée? En aucune façon.

Quant au mineur dont la tutelle a cessé par l'émancipation, c'est de toute évidence. Il est émancipé, sans doute; mais il reste toujours incapable; et, en outre, il n'est pas dans les termes de la loi, qui ne met l'inscription à la charge du mineur lui-même que lorsqu'il est *devenu* majeur. Un curateur lui est nommé, sans doute; mais, pas plus que lui, ce curateur n'est tenu d'inscrire l'hypothèque : car, prendre une inscription est un acte d'administration; c'est faire un acte conservatoire; et un simple curateur n'est pas tenu d'administrer. Nous ne sommes donc pas dans l'hypothèse de l'art. 8 de la loi; l'hypo-

(1) Amiens, 6 févr. 1864 (S.-V., 64, 2, 93; *J. Pal.*, 1864, p. 616; Dall., 64, 5, 209; Grenoble, 10 juill. 1867 (*J. Pal.*, 1868, p. 223; S.-V., 68, 2, 45). Voy. MM. Rivière et François (n° 122); Rivière et Huguet (n° 379); Grosse (n° 246); Lesenne (n° 134); Fons (n° 73); Gauthier (n° 154); Flandin (t. II, n° 1525); Aubry et Rau (t. II, p. 752, note 14; 4e édit., t. III, p. 304, note 16).

(2) Voy. M. Ducruet (p. 35). Voy. aussi MM. Troplong (*De la Transcr.*, n° 310); Verdier (t. II, n° 623, et Appendice, p. 822).

thèque doit rester dispensée d'inscription. Et il faut bien qu'il en soit ainsi ; car si le mineur, dans le cas proposé, devait, à défaut d'une inscription qu'il ne doit pas prendre lui-même et que son curateur n'est pas tenu de requérir, être primé par tous les créanciers qui, soit au cours de la tutelle, soit après l'émancipation, auraient acquis hypothèque sur les biens du tuteur (et telle est la sanction attachée à l'inobservation de la loi nouvelle ; voy. *infrà,* n° 834), il est clair qu'il serait livré, sans défense ni recours possible, à la merci de son tuteur, qui, en colludant avec des créanciers, vrais ou supposés, pourrait enlever à sa créance la sûreté de l'hypothèque légale.

Quant au mineur dont le tuteur vient à décéder, c'est plus évident encore. D'une part, il reste mineur, et, par conséquent, ces expressions de l'art. 8, « le mineur devenu majeur », ne lui sont pas opposables. D'une autre part, il n'y a pas même « cessation de la tutelle » à son égard ; car la tutelle, pour le mineur, est un état indivisible qui se continue sans aucune interruption alors même que la personne du tuteur vient à être changée. Cela étant, il faut dire que, dans ce cas plus encore que dans le cas précédent, nous sommes en dehors de l'hypothèse prévue par l'art. 8 : nous avons des administrateurs successifs d'*une même tutelle,* et nous n'avons pas le mineur *devenu majeur* dont parle la loi. Il y a donc toujours un incapable à protéger, un incapable qu'il ne faut pas livrer aux calculs des prêteurs d'argent, et qui, pour être complétement défendu, doit conserver son hypothèque privilégiée sur les biens de son ancien tuteur à raison de l'administration qui a pris fin, en même temps qu'il acquiert cette hypothèque sur les biens du tuteur nouveau à raison de l'administration qui commence.

815. Enfin, la tutelle finit-elle par la mort du pupille, il y a lieu d'inscrire l'hypothèque dans les termes de l'art. 8 ; mais l'obligation incombe aux héritiers, qui devront agir, soit par eux-mêmes, s'ils sont majeurs, car ils ne peuvent pas être traités plus favorablement que celui à qui ils succèdent, soit par leurs représentants légaux, s'ils sont mineurs, car ils ne sont pas, relativement à celui dont les biens sont atteints par l'hypothèque, dans cet état de soumission qui a fait proclamer l'existence de l'hypothèque indépendamment de toute inscription (1). Ainsi il en est des héritiers des mineurs, sous le rapport qui nous occupe, comme des héritiers de la femme mariée dont nous avons parlé au n° 809 : la situation est la même, en effet, et se résout par les mêmes considérations.

XVI. — 816. Nous aurions tout dit sur les cas dans lesquels la loi de 1855 modifie la faveur accordée par le Code à l'hypothèque légale de la femme, du mineur et de l'interdit, si cette loi s'était bornée à disposer pour l'avenir. Mais il n'en est pas ainsi : l'art. 8 exerce son empire même sur les hypothèques acquises avant le jour où la loi est devenue exécutoire. Ceci est une exception à une règle que la loi elle-même a

---

(1) Voy. MM. Troplong (*De la Transcr.*, n°s 310 et 311); Rivière et Huguet (n°s 378 et suiv.); Grosse (n° 250); Lesenne (n° 135); Lemarcis (p. 40, n° 4).

prise pour base de ses dispositions : cette règle, c'est le respect des droits acquis. Ainsi, après avoir exprimé que la loi serait exécutoire à partir du 1er janvier 1856 seulement (art. 10), le législateur veut qu'en général les droits consacrés par les actes qui auraient acquis date certaine avant le 1er janvier 1856, ou par les jugements rendus avant la même époque, demeurent régis par les principes du Code civil, et, par conséquent, restent efficaces même vis-à-vis des tiers, bien que le titre qui les constate soit dépourvu de la formalité de l'inscription ou de la transcription, si, d'ailleurs, cette formalité n'était pas nécessaire d'après les principes du Code. C'est ce qui résulte de l'art. 11.

Mais, dans cet article même, le législateur fait certaines réserves qui touchent sinon à des droits acquis proprement dits, au moins à des droits ouverts, mais non liquides, et dont la consolidation pouvait sans inconvénient être subordonnée à l'accomplissement de telle ou telle formalité. De ce nombre sont les droits en vue desquels la loi dispose dans son art. 8 ; et c'est ainsi qu'au § 5 de l'art. 11 elle exprime que l'inscription exigée par l'art. 8 doit être prise dans l'année à compter du jour où la loi est exécutoire, et qu'à défaut d'inscription dans ce délai, l'hypothèque légale ne prend rang que du jour où elle est ultérieurement inscrite (1).

Ainsi, une tutelle est acceptée ou un mariage a lieu le 1er janvier 1840 ; la femme ou le mineur a, sans doute, acquis dès ce jour une hypothèque légale qui a pris naissance dans le fait du mariage ou de la tutelle et qui a existé indépendamment de toute inscription. Mais le mariage a été dissous par la mort du mari, ou la tutelle a pris fin par la majorité du pupille, et l'hypothèque n'est ni éteinte ni purgée quand survient la loi du 23 mars 1855. La dispense d'inscription cesse par le fait de cette loi, comme s'il s'agissait d'une hypothèque née après sa promulgation : le mineur devenu majeur ou la veuve ne pourra donc conserver son droit et le consolider au regard des tiers qu'à la condition de le rendre public ; car il résulte des art. 8 et 11, § 5, combinés, que ce n'est pas seulement aux femmes et aux mineurs dont l'état changera désormais, mais encore à ceux dont l'état avait déjà changé et dont les

(1) Il a été décidé que la disposition n'est pas applicable dans le cas où, avant la promulgation de la loi, la purge se trouvait opérée par des notifications non suivies de surenchère; Grenoble, 25 juin 1859 (*J. Pal.*, 1860, p. 137), et même alors qu'il serait survenu une surenchère suivie d'adjudication au profit d'un autre acquéreur. Montpellier, 28 juin 1868 (S.-V., 69, 2, 35; *J. Pal.*, 1869, p. 207). — Mais il a été jugé, au contraire, que l'hypothèque légale de la femme devenue veuve et du mineur devenu majeur avant la loi de 1855 a été soumise à la formalité de l'inscription dans le délai prescrit par les art. 8 et 11 de cette loi, alors même qu'antérieurement à sa promulgation, le tiers acquéreur des immeubles frappés de l'hypothèque légale eût consigné son prix et opéré la purge des hypothèques inscrites, l'hypothèque légale ne pouvant, en pareil cas, être considérée comme ayant produit son effet et comme se trouvant, par suite, dispensée d'inscription. Limoges, 14 juin 1860 (S.-V., 61, 2, 68; *J. Pal.*, 1861, p. 528; Dall., 60, 2, 222). *Conf.* MM. Aubry et Rau (3e édit., t. II, p. 756, note 21). Voy. *infrà*, n° 1060. — Jugé de même pour le cas où la femme devenue veuve avant la loi de 1855 a fait liquider ses reprises et saisir les immeubles de son mari antérieurement à l'expiration du délai fixé par la loi. Agen, 5 mai 1858 (*J. Pal.*, 1859, p. 115; S.-V., 59, 2, 364). Voy. aussi Toulouse, 19 mars 1861 (*J. Pal.*, 1862, p. 176; S.-V., 62, 2, 280; Dall., 61, 2, 83).

droits n'étaient pas encore liquidés à l'avénement de la loi, qu'est imposée l'obligation de révéler l'hypothèque qu'ils tiennent du Code et à laquelle le Code, par une protection exagérée, permettait de rester cachée.

817. Mais voici une difficulté : ce que la loi dit de la femme, du mineur, de l'interdit, dont l'état a changé avant sa publication, elle ne le dit pas des créanciers subrogés dans l'hypothèque légale de la femme en vertu d'actes de cession ou de renonciation ayant acquis date certaine avant le 1er janvier 1856, jour où cette loi a été exécutoire. Le texte de l'art. 11 semble même poser une règle contraire, car les cessions que la loi a trouvées parfaites et accomplies y sont rangées en apparence au nombre des actes conférant des droits auxquels la loi déclare ne pas vouloir toucher. Cela paraît résulter des §§ 1 et 2 de l'art. 11, où il est expressément dit que l'art. 9, entre autres (qui statue précisément sur les actes par lesquels la femme cède son hypothèque légale ou y renonce), « n'est pas applicable aux actes ayant acquis date certaine... avant le 1er janvier 1856, et que leur effet est réglé par la législation sous l'empire de laquelle ils sont intervenus. »

818. Si telle était la pensée de la loi, il y aurait inégalité marquée entre la position de la femme et celle du subrogé. Montrons cela par une hypothèse. — Un mari emprunte, en 1850, une somme de 20 000 fr., conjointement avec sa femme, qui cède au prêteur, pour garantir le remboursement de sa créance, son hypothèque légale dans la mesure de la somme prêtée ; cinq ans après, en décembre 1855, le mariage des emprunteurs est dissous par la mort du mari. Si l'on s'en tient aux dispositions que nous venons de rapprocher, voici quelle est la situation. Quant à la femme, qui n'a cédé son hypothèque que dans la mesure de l'obligation par elle consentie avec son mari, elle ne peut consolider son droit, au regard des tiers, pour le surplus de sa créance, ou lui maintenir le rang et la date que lui assigne l'art. 2135, qu'au moyen d'une inscription ; car le mariage étant dissous, l'hypothèque, en ce qui concerne la femme, a cessé de jouir de la dispense d'inscription consacrée par cet article : ainsi le veut la loi de 1855 par l'art. 8, que le § 5 de l'art. 11 déclare applicable même aux femmes devenues veuves avant le 1er janvier 1856, jour où la loi a été exécutoire. — Quant au créancier subrogé, ce serait autre chose. Le fait de la subrogation étant légalement accompli, et la cession de l'hypothèque étant complète avant la publication de la loi nouvelle, l'effet en devrait être réglé suivant le § 2, art. 11, par la législation sous l'empire de laquelle elles sont intervenues ; en sorte que, profitant de la jurisprudence qui s'était établie sous le Code civil, le créancier continuerait de jouir de la dispense d'inscription, et pourrait opposer aux tiers sa subrogation, quoique non inscrite. On pourrait dire, pour expliquer cette différence, que la femme sait quand elle devient veuve ; que, tenue de vivre à côté de son mari, elle *doit* nécessairement *connaître* la mort de celui dont elle partage la vie ; tandis que ce n'est pas un *devoir* pour le créancier, qui d'ailleurs peut être absent, de connaître *la vie ou la mort* d'un débiteur quand *il*

a prêté à l'immeuble. Pourtant nous ne croyons pas que cette inégalité ait été dans la pensée de la loi ; c'est aussi l'avis de la généralité des auteurs (1) : seulement ils la justifient sur des théories qui ne sont pas toutes également acceptables.

819. Par exemple, nous ne dirons pas, avec M. Troplong, que, dans le cas proposé, le cessionnaire de l'hypothèque légale, quoique subrogé antérieurement au 1er janvier 1856, doit requérir l'inscription dans les termes de la loi nouvelle, mais qu'il est dispensé de mentionner la cession qui lui aurait été faite de cette hypothèque, l'art. 9, par lequel la mention est prescrite, n'étant pas applicable aux cessions ayant date certaine avant le 1er janvier 1856 (2). Ceci procède de cette idée, émise par l'auteur, que la publicité des subrogations résulterait, d'après la loi de 1855, de deux formalités tellement liées entre elles que la première, c'est-à-dire l'inscription par le subrogé de l'hypothèque de la femme, ne serait que le moyen de parvenir à la seconde, c'est-à-dire à la mention de la subrogation. Or, cette idée n'est pas exacte : nous avons montré plus haut que les deux formalités dont parle l'éminent jurisconsulte, toutes deux établies par l'art. 9, sont indépendantes ; que l'une et l'autre sont mises distinctement, et sous une alternative, à la disposition du subrogé, à savoir : l'*inscription,* au nom de celui-ci, de l'hypothèque légale, pour le cas où cette inscription ne serait pas faite déjà du chef de la femme, ou la *mention* de la subrogation en marge, pour le cas où existerait déjà une inscription au nom de celle-ci (voy. *suprà,* n° 780, *in fine*). Et comme c'est précisément cet art. 9 que les §§ 1 et 2 de l'art. 11 déclarent n'être pas applicables aux cessions et subrogations ayant date certaine avant le 1er janvier 1856, on pourrait opposer au système de M. Troplong que la loi ne distingue pas, et que dès lors l'art. 9 est inapplicable aussi bien dans la partie relative à l'inscription que dans la partie relative à la mention.

820. Faudra-t-il, avec d'autres auteurs, faire une différence entre l'inscription de la subrogation et l'inscription de l'hypothèque légale de la femme, et dire que lorsque la femme devenue veuve avant le 1er janvier 1856 a négligé de prendre inscription dans les termes de l'art. 8 de la loi, le créancier subrogé avant la même époque, s'il est dispensé de faire inscrire sa subrogation en vertu des art. 9 et 11, §§ 1 et 2 combinés, doit au moins faire inscrire l'hypothèque légale, à défaut de quoi il serait aussi frappé de déchéance, puisqu'il ne saurait

(1) Voy. MM. Ducruet (*Transcr.*, p. 52); Troplong (*ibid.*, n° 358); Flandin (n° 1516), Bressolles (n° 108); Sellier (nos 352 et 353); Harel (*J. des av.*, t. LXXXV, p. 484; n° 18); Verdier (t. II, n° 724). Voy. aussi nos observations dans la *Revue du not. et de l'enregistr.* (t. I, n° 32). La jurisprudence est conforme. Voy. Bourges, 20 août 1859; Riom, 1er mai 1860; Metz, 19 mars 1861; Aix, 19 nov. 1863 (S.-V., 60, 2, 241, et 523; 61, 2, 177; 64, 2, 295; Dall., 60, 2, 81; 61, 2, 135; *J. Pal.*, 1860, p. 942; 1861, p. 32 et 706; 1864, p. 1239). — Pourtant il y a des arrêts et des auteurs en sens contraire. Voy. Paris, 8 janv. 1859 et 4 mars 1863 (*J. Pal.*, 1859, p. 113; 1863, p. 553; S.-V., 59, 2, 65; Dall., 59, 2, 65). Voy. aussi MM. Lesenne (n° 151); Rivière et François (n° 144); Mourlon (*Rev. prat.*, t. I, p. 420).

(2) Voy. M. Troplong (*loc. cit.*).

avoir plus de droit que la femme elle-même? (1) Ici, c'est le point de départ seulement que nous combattons, en ce que théoriquement il n'existe aucune différence entre l'inscription par le créancier de la subrogation, et l'inscription par lui de l'hypothèque légale de la femme, puisque saisi qu'il est, par la subrogation, de cette hypothèque même dans la mesure de sa propre créance, c'est en réalité l'hypothèque qu'il rend publique pour la partie qui lui en a été transmise lorsqu'il fait inscrire sa subrogation (voy. *suprà,* n° 787). Mais le résultat final, la décision, n'en est pas moins dans la vérité juridique. Et c'est précisément cette circonstance que, dans la mesure de sa créance, le créancier est saisi du droit de la femme, qui, à notre avis, détermine la solution.

821. Car il ne faut pas s'y méprendre : ce n'est pas de l'art. 9 que le subrogé peut exciper ici. Cet article, ne l'oublions pas, a eu en vue exclusivement de faire cesser un état de choses d'après lequel les cessions et subrogations étaient valables, quoique constatées par acte sous seing privé, et avaient de plus, comme participant à la faveur accordée par le Code à l'hypothèque légale de la femme, leur rang à la date de l'acte de cession ou de subrogation, quoiqu'elles ne fussent pas inscrites. Rédigé en vue de l'avenir seulement, cet article est inapplicable aux cessions et subrogations antérieures au 1er janvier 1856, d'après la disposition formelle de l'art. 11, §§ 1 et 2. Que peut-on raisonnablement conclure de là? D'une part, que ces subrogations ou cessions continueront d'être valables, encore qu'elles soient constatées par acte sous seing privé, pourvu que l'acte ait date certaine avant le 1er janvier 1856; d'une autre part, que les cessionnaires ou subrogés continueront d'être saisis entre eux et à l'égard des tiers, à la date de leur cession ou subrogation, pourvu aussi que cette date soit certaine avant la même époque. On ne peut pas aller au delà, puisque, par le fait des §§ 1 et 2 de l'art. 11, qui déclarent l'art. 9 inapplicable aux cessions et subrogations antérieures au 1er janvier 1856, ces cessions et subrogations se trouvent dans le cas où elles étaient sous l'empire du Code civil.

Mais ce n'est pas tout que l'efficacité de la subrogation soit assurée pour le créancier subrogé, dans ses rapports avec les autres créanciers subrogés comme lui. Il faut encore que l'hypothèque légale elle-même soit conservée et que les titulaires de cette hypothèque se protégent contre les actes par lesquels le mari pourrait conférer des droits réels à des tiers sur les biens qui en seraient grevés. Or les créanciers seraient-ils, même à ce point de vue, affranchis de toute condition de publicité, par cela seul que la subrogation dont ils excipent serait antérieure au 1er janvier 1856? Ceci est une autre question; et ce n'est pas par l'art. 9 que l'on peut la résoudre, puisque l'art. 9 ne touche pas à ce point. Où donc est la règle? Dans le Code civil modifié par les dispo-

---

(1) Voy. notamment M. Ducruet (*loc. cit.*, nos 50 et 51).

sitions de la loi de 1855 touchant la publicité du droit hypothécaire de la femme. Or le droit hypothécaire de la femme, alors même qu'il est né et non liquidé avant le 1er janvier 1856, doit, d'après les dispositions combinées des art. 8 et 11, § 5, être rendu public au moyen d'une inscription prise dans le délai déterminé par la loi, à défaut de quoi il perd le rang que lui assigne l'art. 2153 du Code civil et ne vient plus qu'à la date de l'inscription qui serait prise ultérieurement. Donc, le créancier subrogé devra prendre l'inscription dans ce même délai; car ce dont il est en possession, c'est précisément le droit hypothécaire de la femme dans la mesure de la créance à raison de laquelle il est subrogé, ce droit hypothécaire qui, à défaut d'inscrption, périrait entre les mains de celle-ci, et qui, par conséquent, ne saurait vivre, sans inscription, entre les mains du créancier subrogé. La publicité, dans le cas où elle est rendue nécessaire par la loi de 1855, est une condition même de l'exercice du droit; à ce titre, elle est requise d'une manière absolue et quelles que soient les personnes entre les mains de qui le droit réside. Cela s'induit avec évidence de l'art. 8, qui dispose dans la prévision du cas où la femme, le mineur, l'interdit, leurs héritiers *ou ayants cause,* n'ont pas pris l'inscription dans le délai fixé. C'est cet article qui, sur le point en question, domine la situation, et ce n'est pas l'art. 9. Or, par la volonté formelle du législateur, il gouverne aussi les faits antérieurs à la mise à exécution de la loi. Les créanciers subrogés, même quand leurs actes de cession ont date certaine avant le jour où la loi est devenue exécutoire, ne sauraient donc se soustraire à son empire.

XVII. — 822. Ceci dit sur les cas dans lesquels la loi du 23 mars 1855 modifie le principe d'après lequel ceux qui manquent de la capacité ou de la liberté d'agir ont une hypothèque indépendante de toute inscription, voyons dans quelle mesure la modification est établie.

823. Le législateur a posé en principe, quant aux faits à venir, que la dispense d'inscription dont jouit l'hypothèque légale de la femme, du mineur et de l'interdit, cesserait avec l'état d'incapacité ou de subordination qui motive cette faveur tout exceptionnelle, et, quant aux faits accomplis, que la dispense s'arrêterait à la mise à exécution de la loi. Mais il ne pouvait entendre que l'hypothèque ne serait efficace qu'à la condition de se trouver inscrite, dans le premier cas, à l'instant même où viendrait à s'opérer le changement d'état qui la ramène sous la règle commune de la publicité, et, dans le second cas, à la date même du jour où la loi nouvelle est devenue exécutoire.

D'une part, jusqu'au dernier jour du mariage ou de la tutelle, la femme, le mineur et l'interdit sont privés de la capacité ou de la liberté d'agir. Et comme ils restent nécessairement, jusqu'à ce dernier jour, dans la situation même où la loi croit devoir leur subvenir, en les considérant comme empêchés de veiller par eux-mêmes à la conservation de leur droit, il serait à la fois injuste et inhumain qu'ils se trouvassent déchus à l'instant même où le changement d'état viendrait leur donner

ou leur rendre la capacité ou la liberté d'action dont ils auraient été privés jusque-là.

D'une autre part, jusqu'à la publication de la loi nouvelle, ceux dont le droit était certain, quoique non liquidé auparavant, c'est-à-dire la femme déjà veuve, le mineur déjà majeur, l'interdit déjà relevé de l'interdiction, leurs héritiers ou ayants cause, avaient pu s'abstenir de donner la publicité à leur hypothèque, puisqu'il était de principe que la dispense d'inscription survivait aux causes qui l'avaient motivée. Et comme, jusqu'à la publication de la loi nouvelle, ils ont été fondés à se confier à ce principe, il ne serait pas moins injuste qu'ils se trouvassent déchus de plein droit, par le seul fait de la mise à exécution de la loi, pour n'avoir pas fait inscrire une hypothèque que rien, jusque-là, ne les obligeait à publier.

La seule chose qui fût possible, dès lors, dans l'un et l'autre cas, c'était, en suivant encore sur ce point les données de l'édit de 1673, de prendre le fait assigné pour terme à la dispense d'inscription dont jouit l'hypothèque comme une sorte de mise en demeure, comme un avertissement adressé au créancier, et d'en faire le point de départ d'un délai pendant lequel ce créancier aurait à rendre son hypothèque publique, faute de quoi cette hypothèque perdrait la date et le rang qui lui sont assignés par le Code civil. — Ainsi a procédé le législateur.

824. Ainsi, s'agit-il des faits qui s'accompliront désormais, la femme qui deviendra veuve, le mineur qui deviendra majeur, l'interdit qui sera relevé de l'interdiction, leurs héritiers et ayants cause, auront le délai d'un an pour rendre publique l'hypothèque, jusque-là indépendante d'inscription, qu'ils ont sur les biens du mari ou du tuteur; et le point de départ de ce délai d'un an sera la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle (loi du 23 mars 1855, art. 8). S'agit-il des faits accomplis à la date de la loi nouvelle, la femme, le mineur et l'interdit, dont l'état était changé à cette date, leurs héritiers et ayants cause, ont eu le délai d'une année également pour rendre l'hypothèque publique; et le point de départ de ce délai a été la date du jour où la loi nouvelle a été exécutoire, c'est-à-dire le 1er janvier 1856 (*ibid.*, art. 11, § 5). Quelque simples que soient ces dispositions de la loi, il y a des points importants à préciser pour reconnaître quels sont exactement la situation et le droit du créancier, soit pendant le cours du délai, soit après que le délai est expiré.

825. L'obligation de rendre publique une hypothèque à laquelle le Code civil a donné une existence indépendante de toute inscription prend naissance, pour le créancier, d'après la loi nouvelle, soit au jour où il acquiert ou recouvre la capacité d'action, c'est-à-dire à la cessation de la tutelle ou à la dissolution du mariage, s'il s'agit d'hypothèques nées sous l'empire de la loi nouvelle, soit du jour où cette loi nouvelle a été exécutoire, s'il s'agit d'hypothèques nées avant la mise à exécution de la loi. Mais ces événements ne font que donner naissance à l'obligation d'inscrire; par là le créancier, comme nous le disions tout à

l'heure, est simplement mis en demeure d'agir, et il a une année entière pour aviser. C'est donc à dire que tous les jours de l'année, jusqu'au dernier et jusqu'à la dernière heure, sont utiles, et que le créancier est en règle, en s'inscrivant, pourvu qu'il ne laisse pas commencer la seconde année.

826. Et puisqu'il est en règle jusque-là, il s'ensuit donc que tant que la dernière heure du délai n'a pas sonné, l'hypothèque subsiste avec toutes ses prérogatives, et notamment que, bien qu'elle ne soit pas inscrite, elle reste efficace aussi bien que si ceux de qui elle procède étaient encore sous la puissance du mari ou du tuteur. La loi du 11 brumaire an 7 exprimait ceci avec netteté, dans l'ordre d'idées où elle s'était renfermée, lorsqu'elle disait que l'effet des inscriptions subsisterait, sur les comptables, jusqu'à l'apurement du compte et *six mois au delà,* et sur les époux, pendant tout le temps du mariage et *une année après* (*suprà,* n° 805). La loi de 1855 ne s'explique pas sans doute d'une manière aussi précise; mais il n'en est pas moins certain qu'elle implique la même pensée, et, par conséquent, que pendant tout le délai qu'elle accorde le droit hypothécaire subsiste dans le caractère même et avec les prérogatives qu'il a tant que le mariage ou la tutelle n'ont pas pris fin. De là des conséquences dont quelques-unes ont été mal à propos contestées.

827. En premier lieu, il en faut conclure que l'hypothèque, à quelque époque qu'elle soit inscrite pendant le cours du délai, conserve le rang et la date que lui assignent les dispositions du Code civil. Par exemple, le mariage contracté en janvier 1845, entre Eugénie et Paul, vient à se dissoudre par la mort de ce dernier, survenue le 20 février 1857; le 19 février 1858, Eugénie prend inscription; et, plus tard, un immeuble dépendant de la succession de Paul étant mis en vente, des créanciers hypothécaires du défunt viennent à l'ordre et demandent à y être colloqués à la date de leurs inscriptions, qui remontent aux années 1847 et 1848; Eugénie s'y présente également, et bien que son hypothèque n'ait été inscrite que le 19 février 1858, elle demande à être colloquée à la date du mariage, c'est-à-dire en 1845, à raison de sa dot et de ses conventions matrimoniales. Est-elle fondée et devra-t-elle primer les créanciers hypothécaires de son mari? L'affirmative n'est pas douteuse : car si la femme devenue veuve n'a pu, depuis la loi nouvelle, consolider son hypothèque légale et s'en assurer l'efficacité vis-à-vis des tiers qu'à la condition de la rendre publique par une inscription, elle a eu néanmoins le délai d'un an à partir de la dissolution du mariage pour prendre cette inscription. Or, dans l'espèce, le mariage ayant été dissous le 20 février 1857, il y avait encore un jour utile, le 19 février 1858, quand l'hypothèque s'est révélée.

828. En second lieu, il faut conclure du principe que tant que le délai d'un an n'est pas expiré, l'acquéreur d'un immeuble grevé de l'hypothèque légale ne peut l'affranchir qu'en suivant le mode établi par le chapitre IX de notre titre, pour la purge des hypothèques légales dont

sont grevés les biens des maris et des tuteurs. L'acquéreur qui aurait négligé ce soin aurait beau transcrire sa vente, la transcription ne le sauverait pas de la nécessité de payer ou de délaisser, parce que, bien qu'elle arrête en principe aujourd'hui le cours des inscriptions, et consolide la propriété sur la tête de l'acquéreur, elle n'a pas cet effet vis-à-vis des créanciers qui ont une hypothèque dispensée d'inscription, dès qu'elle survient dans le délai accordé par la loi pour opérer l'inscription. C'est tant pis pour l'acquéreur si, n'ayant pas pris garde que les hypothèques dont était grevé l'immeuble par lui acquis du chef du pupille ou de la femme de son vendeur jouissaient encore de toutes les prérogatives attachées à l'hypothèque légale, il a négligé de suivre pour la purge la procédure établie par la loi pour cette situation.

829. En troisième lieu enfin, il faut conclure du principe que tant que le délai d'une année ne sera pas expiré, l'hypothèque légale s'étendra aux immeubles acquis par le débiteur après la fin de la tutelle ou du mariage, et primera même celle des créanciers auxquels ce débiteur aurait conféré des hypothèques et qui auraient pris inscription pendant le cours du délai. Par exemple, Pierre atteint sa majorité le 20 janvier 1856, et ce jour-là cesse la tutelle qui était exercée par Paul; le 20 février suivant, celui-ci acquiert un immeuble, et, quelques jours après, il confère à Jacques une hypothèque conventionnelle que ce dernier fait inscrire le 1er mars 1856; Paul est ensuite exproprié au mois de décembre suivant, et Pierre, qui prend inscription seulement à cette date, demande à être colloqué sur l'immeuble à la date de l'entrée en gestion de son ancien tuteur. Est-il fondé, et, quoique l'immeuble soit entré dans le patrimoine de son ancien tuteur après la cessation de la tutelle, sa demande doit-elle prévaloir contre le droit de Jacques, auquel l'immeuble a été spécialement affecté par le tuteur devenu propriétaire, et dont l'inscription a précédé de dix mois celle de l'hypothèque légale? L'affirmative est certaine, et elle se justifie par les considérations qui nous ont fait admettre déjà que l'inscription, soit de l'hypothèque judiciaire, soit de l'hypothèque légale sujette à inscription, a pour effet d'assurer le droit hypothécaire même sur les immeubles à venir, sans qu'elle ait besoin d'être renouvelée sur ces derniers immeubles à mesure qu'ils entrent dans le domaine du débiteur (voy. *suprà*, n°s 598, 599 et 732). La question qui se présente ici est la même, puisque enfin il ne saurait y avoir aucune différence, sous le rapport de la généralité et de ses effets juridiques, entre l'hypothèque légale sujette à inscription et l'hypothèque légale dispensée d'inscription. Nous pouvons donc nous référer à nos précédentes observations.

Remarquons seulement que quelques auteurs, tout en reconnaissant que l'hypothèque légale s'étend même aux immeubles acquis après la dissolution du mariage ou la fin de la tutelle, estiment cependant que, par l'effet de la loi de 1855, cette hypothèque n'existerait pas sur ces immeubles indépendamment de l'inscription, parce que, disent-ils, quand le mariage a été dissous ou que la tutelle a pris fin, il n'y a plus

d'incapables à protéger (1). Mais la question n'est pas là : il n'y a plus ici, en effet, d'incapable à protéger ; mais il y a un créancier que la loi ne doit pas abandonner à l'instant même où il est relevé de son incapacité, et auquel elle fixe un délai pour remplir la formalité à laquelle est subordonnée la conservation ou la consolidation de son droit. Or il est dans la nature même des choses que l'hypothèque reste pendant le cours de ce délai ce qu'elle était pendant la tutelle ou le mariage qui lui a donné naissance ; sans cela, que signifierait la concession du délai ? Donc, si l'hypothèque reste avec ses prérogatives même après l'événement qui a donné ou rendu la capacité d'action au créancier qui en était privé, si elle conserve ces prérogatives tant que la dernière heure du délai n'a pas sonné, il faut bien reconnaître, par voie de conséquence, qu'elle s'étend, en vertu de son caractère de généralité, aux immeubles acquis même pendant ce délai, et qu'en vertu de la règle qui lui donne son rang et sa date indépendamment de toute inscription, elle affecte ces immeubles à ce rang et à cette date, sauf au créancier à ne pas laisser passer le dernier jour du délai sans remplir la formalité au moyen de laquelle ce rang et cette date lui seront définitivement assurés.

XVIII. — 830. Telle est la situation du créancier pendant le cours du délai fatal ; il faut voir maintenant ce que devient cette situation après l'expiration de ce délai : ceci nous amènera à reconnaître et à préciser la sanction par laquelle le législateur veut assurer l'accomplissement de la formalité imposée par la loi nouvelle. Il y a là, on le comprend bien, des hypothèses diverses à prévoir : ou l'hypothèque légale a été inscrite au cours du délai ; ou le délai s'est écoulé sans que l'hypothèque ait reçu aucune publicité.

831. Dans le premier cas, le droit du créancier hypothécaire est fixé ; il reste dans les conditions où il a été établi par le Code civil : c'est l'effet de l'inscription même, qui, ayant été faite en temps utile, a consolidé ce droit, et lui a permis de se produire à l'encontre des tiers tel que les principes du Code civil avaient cru devoir le constituer.

Il y a cependant un point à noter, et il a sa grande importance, au moins pour les tiers acquéreurs : c'est que l'hypothèque se trouvant maintenant inscrite, tout tiers acquéreur qui voudrait purger devrait le faire en la forme indiquée par la loi, non point dans le chapitre IX de notre titre, mais dans le chapitre VIII, relatif à la purge des hypothèques inscrites.

832. Dans le second cas, c'est-à-dire quand le délai d'un an s'est écoulé sans que l'hypothèque ait reçu aucune publicité, il y a un effet général qui se déduit de lui-même : l'hypothèque a perdu, au moins au point de vue du droit de suite et du droit de préférence, tous les avantages que le Code civil lui a attribués. Mais, dans les détails, ceci demande quelques explications.

833. Par exemple, occupons-nous du droit de suite, et mettons la

(1) Voy. MM. Rivière et François (n° 124).

veuve, le mineur devenu majeur, ou l'interdit relevé de l'interdiction, en présence d'un tiers acquéreur d'immeubles grevés de l'hypothèque légale. Comment ce tiers acquéreur devra-t-il procéder? Et quels seront les droits du créancier hypothécaire?

Lorsque la purge est commencée pendant le cours du délai, le tiers acquéreur, nous l'avons déjà dit, doit suivre la procédure indiquée pour la purge des hypothèques légales (art. 2194), parce que, bien que l'hypothèque ne soit pas inscrite encore, elle n'en conserve pas moins la prérogative consacrée par l'art. 2135, tant qu'il reste quelque chose à courir du délai qui lui a été laissé par la loi pour se révéler : dans ce cas, le créancier a tous les avantages de cette procédure, et aussi ceux des délais qui lui sont propres. Ainsi, la purge est-elle commencée dans le onzième mois qui a suivi la fin du mariage ou de la tutelle, la veuve ou le mineur devenu majeur, ou l'interdit relevé de l'interdiction, pourront s'inscrire à la fin du second mois de l'exposition du contrat (art. 2194 et 2195); et bien qu'ainsi l'inscription ne vienne que treize mois après la cessation de la tutelle ou la dissolution du mariage, c'est-à-dire un mois après l'expiration du délai spécial accordé par la loi de 1855, le tiers acquéreur n'y devra pas moins avoir égard, parce que c'est là une conséquence même de la procédure qu'il a lui-même suivie et qu'il a dû suivre.

Mais notre supposition ici, c'est que le délai d'une année imparti par la loi nouvelle s'est écoulé sans qu'aucune inscription se soit produite. Or, dans ce cas, le tiers acquéreur qui a fait transcrire son contrat, ce contrat remontât-il à une époque où le délai d'une année n'était pas encore expiré, peut et doit, s'il commence la purge après, procéder par la voie de la purge ordinaire, et n'a rien à redouter de l'hypothèque légale. Vainement le créancier hypothécaire viendrait-il dire que son hypothèque légale a frappé l'immeuble entre les mains du tiers acquéreur à un moment où elle jouissait encore de l'avantage qu'elle a d'exister indépendamment de toute inscription; et que cela lui a conféré une sorte de droit acquis, qui, d'une part, oblige le tiers acquéreur à faire la purge de l'hypothèque légale, et qui, d'une autre part, lui donne, à lui, pour produire son hypothèque, le bénéfice des délais propres à la procédure de la purge. Ce serait bon si le délai d'un an était établi par la loi de 1855 en vue de laisser au créancier une simple *faculté* de s'inscrire; mais il n'en est pas ainsi : la loi impose au créancier l'*obligation* d'inscrire, l'inscription étant une condition nécessaire à la conservation ou à la consolidation, vis-à-vis des tiers, du droit résultant de l'hypothèque légale. Et dès lors, si la condition n'est pas remplie quand le délai est écoulé et quand d'ailleurs la vente a été transcrite, c'est en vain que l'inscription serait prise ultérieurement; cette inscription tardive ne pourrait, pas plus que l'inscription d'une hypothèque ordinaire, être opposée au tiers acquéreur (1).

---

(1) *Comp.* un jugement du Tribunal civil de Toulouse, du 8 juin 1866 (*Rev. du not. et de l'enreg.*, t. VIII, p. 303, n° 1740). Voy. aussi MM. Flandin (*Transcr.*, n° 1013);

834. Venons maintenant au droit de préférence, et mettons le créancier hypothécaire en présence d'autres créanciers du mari ou du tuteur; la situation est nette, et la sanction se déduit des termes mêmes de la loi. Il en résulte que, pour n'avoir pas pris inscription dans l'année qui a suivi la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, la veuve, le mineur devenu majeur, l'interdit relevé de l'interdiction, perdent le rang et la date qui leur ont été assignés par le Code civil. Toutefois, le droit hypothécaire n'a pas péri entre leurs mains; ils peuvent le vivifier encore au moyen d'une inscription; mais cette inscription n'agira pour eux que comme agit celle que peuvent prendre les créanciers hypothécaires ordinaires : c'est elle qui donnera la date à l'hypothèque que le fait seul du mariage ou de la tutelle leur avait fait acquérir sur les biens du mari ou du tuteur; et désormais l'hypothèque n'aura plus de rang ni de date privilégiés : elle n'aura que le rang et les effets de l'inscription de droit commun. Ainsi, elle sera primée par toutes celles que le tuteur ou le mari auraient pu consentir pendant le mariage ou la tutelle; ainsi encore, elle cessera d'atteindre les immeubles que le mari ou le tuteur auraient aliénés, soit pendant le mariage ou la tutelle, soit même avant le jour où l'inscription s'est produite; en un mot, l'inscription, sous ces divers rapports, ne vaudra que comme vaut celle des autres hypothèques.

835. Mais c'est tout; et la sanction de la loi est assez grave déjà pour que l'on ne songe pas à l'aggraver davantage. A ce point de vue, nous ferons remarquer que, même après l'expiration du délai, l'hypothèque qui, quoique non inscrite, reste comme droit entre les mains du créancier, y reste avec le caractère de généralité qui est dans sa nature. Ainsi, lorsqu'elle est inscrite ultérieurement, elle revit comme hypothèque générale, en ce sens que si elle n'affecte plus les biens que le tuteur ou le mari auraient aliénés avant l'inscription, elle affecte du moins, non-seulement tous ceux qui existent alors entre les mains du tuteur ou du mari et sont dans son domaine, mais encore ceux qui pourront y entrer ultérieurement.

836. Ajoutons une autre observation dans le même sens : la loi qui, à défaut d'inscription dans le délai fatal, fait perdre la plus notable de ses prérogatives à l'hypothèque légale de la femme devenue veuve, du mineur devenu majeur, de l'interdit légalement relevé de l'interdiction, se préoccupe exclusivement de l'intérêt des tiers auxquels le mari ou le tuteur auraient pu conférer des droits réels sur les immeubles grevés. Cela résulte des termes mêmes de l'art. 8, qui dit, en effet, qu'à défaut d'inscription dans l'année après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, l'hypothèque ne date, à l'*égard des tiers,* que du jour des inscriptions prises ultérieurement. D'où la conséquence qu'à l'égard du mari, du tuteur ou de leurs héritiers, et même à l'égard des tiers qui n'auraient pas des droits réels sur les immeubles, l'hypothèque, pour n'être pas inscrite dans le délai, n'en conserve pas moins

---

Troplong (*ibid.*, n° 314); Ducruet (n° 34); Mourlon (n° 878); Bressolles (n° 99, 6°).

toutes les prérogatives qu'elle tient des dispositions du Code civil (1).

XIX. — 837. Dans tout ce qui précède, nous avons supposé l'hypothèque légale existant aux mains du créancier auquel elle est attribuée par la loi. Mais passons à l'hypothèse où cette hypothèque a été cédée en tout ou en partie, et où par conséquent elle peut se trouver divisée entre plusieurs ayants droit; nous voulons parler encore du cas de subrogation par la femme de ses créanciers ou de ceux de son mari dans son hypothèque légale : voyons quelle est, dans ce cas, la situation du créancier subrogé.

En principe, l'inscription est nécessaire de sa part; et non-seulement elle devra être faite désormais à raison des subrogations à venir, mais encore elle a dû être faite à raison des subrogations ayant date certaine avant le 1er janvier 1856, lorsque le mariage a été dissous ou que la tutelle a pris fin avant cette époque : c'est ce que nous venons de démontrer (voy. *suprà*, nº 821).

Cela posé, il faut dire, dans le premier cas, que le créancier aura intérêt à requérir l'inscription immédiatement, et même avant la dissolution du mariage, puisque c'est par l'inscription qu'il sera saisi de la cession à l'égard des tiers (loi du 23 mars 1855, art. 9). Il requerra donc cette inscription, et, du moment où il l'aura requise, il aura le bénéfice de l'hypothèque légale avec tous ses avantages, et notamment avec celui de prendre rang aux diverses dates déterminées par l'art. 2135.

Dans le second cas, c'est-à-dire en ce qui concerne les subrogations ayant date certaine avant le 1er janvier 1856, le créancier subrogé a eu, comme la femme, le délai d'un an à partir du jour où la loi est devenue exécutoire pour effectuer l'inscription de l'hypothèque dans la mesure de sa créance. Si la formalité a été remplie dans le délai, le créancier a conservé son droit avec toutes ses prérogatives : cela est sans aucune difficulté. Mais si l'inscription n'a été prise qu'après l'expiration du délai, elle n'aura d'efficacité qu'à la date de cette inscription tardive. Telle serait la règle, quand même la femme aurait eu, de son côté, le soin de conserver son droit en l'inscrivant dans le délai qui lui était imparti. Les diligences faites par la femme ne conservent pas le droit personnel du créancier subrogé, qui est tenu personnellement de rendre ce droit public pour qu'il puisse l'opposer aux tiers, et qui, ne l'ayant pas rendu public dans le délai, tombe sous le coup de l'art. 8 de la loi nouvelle, d'après lequel, si la femme ou ses ayants cause n'ont pas pris inscription dans l'année, leur hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement.

2136. — Sont toutefois les maris et les tuteurs tenus de rendre

(1) Il en est ainsi, sans doute, tant que les choses sont entières; mais il faut réserver l'application de l'art. 2146 dans le cas où soit le mari, soit le tuteur, seraient tombés en faillite, ou encore dans celui où leur succession aurait été acceptée sous bénéfice d'inventaire : c'est du moins ce que nous essayerons d'établir dans notre commentaire de cet article. Voy. *infrà*, nos 890, 895 et 926.

publiques les hypothèques dont leurs biens sont grevés, et, à cet effet, de requérir eux-mêmes, sans aucun délai, inscription aux bureaux à ce établis, sur les immeubles à eux appartenant, et sur ceux qui pourront leur appartenir par la suite.

Les maris et les tuteurs qui, ayant manqué de requérir et de faire faire les inscriptions ordonnées par le présent article, auraient consenti ou laissé prendre des priviléges ou des hypothèques sur leurs immeubles, sans déclarer expressément que lesdits immeubles étaient affectés à l'hypothèque légale des femmes et des mineurs, seront réputés stellionataires, et comme tels, contraignables par corps.

2137. — Les subrogés tuteurs seront tenus, sous leur responsabilité personnelle, et sous peine de tous dommages et intérêts, de veiller à ce que les inscriptions soient prises sans délai sur les biens du tuteur, pour raison de sa gestion, même de faire lesdites inscriptions.

2138. — A défaut par les maris, tuteurs, subrogés tuteurs, de faire faire les inscriptions ordonnées par les articles précédents, elles seront requises par le procureur de la république près le tribunal de première instance du domicile des maris et tuteurs, ou du lieu de la situation des biens.

2139. — Pourront les parents, soit du mari, soit de la femme, et les parents du mineur, ou, à défaut de parents, ses amis, requérir lesdites inscriptions; elles pourront aussi être requises par la femme et par les mineurs.

SOMMAIRE.

I. 838. Si les hypothèques légales des femmes, des mineurs et des interdits peuvent, en général, d'après l'art. 2135, être efficaces quoique non inscrites, ce n'est pas à dire que le législateur ait déserté, même à leur égard, le grand principe de la publicité : — 839. Il y revient, au contraire, par les art. 2136 à 2139; et c'est pour maintenir le principe que ces articles imposent l'obligation ou donnent la faculté à certaines personnes de rendre publiques les hypothèques dont sont grevés les biens des maris et des tuteurs du chef des femmes, des mineurs ou des interdits.

II. 840. Des personnes auxquelles incombe l'obligation de requérir inscription : 1° des tuteurs et des maris; ils doivent requérir l'inscription sans délai. — 841. Ils doivent la faire faire sur tous leurs biens, et dans tous les arrondissements où ils en possèdent. — 842. 2° Des subrogés tuteurs; ils sont chargés de veiller à ce que l'inscription soit prise sans délai, et, au besoin, ils doivent faire faire eux-mêmes ladite inscription.

III. 843. A défaut des personnes ci-dessus désignées, les inscriptions seront requises par le procureur de la république. Mesure dans laquelle le ministère public doit intervenir. — 844. *Quid* des conservateurs des hypothèques? Circulaire du 15 septembre 1808.

IV. 845. Des personnes qui ont la faculté de prendre l'inscription : quant à l'hypothèque de la femme, ce sont les parents, soit de la femme, soit du mari, et la femme elle-même; quant à l'hypothèque du mineur, ce sont les parents du mineur; à défaut, ses amis, et le mineur lui-même. — 846. Aucune capacité civile n'est requise en la personne de celle de ces personnes qui requiert l'inscription.

V. 847. Il existe entre les personnes qui, d'après la loi, sont tenues de requérir l'inscription, et celles qui ont simplement la faculté de le faire, une différence qui résulte de la nature même des choses : celles-ci peuvent s'abstenir impunément d'agir dans l'intérêt de la femme, du mineur ou de l'interdit; au contraire, la

loi prend contre les autres des mesures ou établit une sanction pour assurer autant que possible l'exécution de l'obligation qu'elle leur impose.

VI. 848. De la sanction établie contre les tuteurs et les maris. Ils sont réputés stellionataires. — 849. La disposition de la loi n'est pas applicable dans le cas où les tuteurs ou les maris *vendent* les immeubles affectés à l'hypothèque légale. — 850. Mais l'hypothèse de la loi est celle où les maris ou les tuteurs non-seulement *consentent* des hypothèques, mais encore *laissent acquérir des priviléges ou des hypothèques* sur les immeubles grevés. — 851. Toutefois, il y a des conditions sans lesquelles la disposition n'est pas applicable : — 852. 1° Il faut que l'hypothèque légale n'ait pas été inscrite ; — 853. 2° Et qu'en consentant ou en laissant prendre des hypothèques sur leurs immeubles, les tuteurs et les maris omettent de déclarer *expressément* que ces immeubles sont affectés à l'hypothèque légale. — 854. La déclaration de l'existence de l'hypothèque légale doit être expresse. — 855. En cas d'inexactitude de la déclaration, la bonne foi du mari ou du tuteur pourrait faire écarter le stellionat. — 856. La femme peut faire cesser le stellionat en renonçant à son hypothèque légale.

VII. 857. De la sanction établie contre les subrogés tuteurs : ils sont tenus de veiller ou d'agir sous leur responsabilité personnelle et sous peine de tous dommages et intérêts. — 858. Vis-à-vis de qui leur responsabilité se trouve-t-elle engagée ? — 859. Le pupille peut avoir intérêt à la réclamer en ce qui concerne le droit de suite. — 860. Quant aux tiers, ils y ont évidemment droit. — 861. Les simples créanciers chirographaires ne pourraient invoquer cette responsabilité.

I. — 838. L'hypothèque légale, et en particulier celle des femmes, des mineurs et des interdits, a été l'objet d'une faveur marquée : la loi a fait fléchir pour elle les deux règles fondamentales du régime hypothécaire. Avec l'art. 2122, elle a dit que le créancier ayant une hypothèque légale peut exercer son droit sur tous les immeubles de son débiteur, sur les immeubles à venir aussi bien que sur les immeubles présents, par où elle a dérogé au principe de la *spécialité;* et puis, avec l'art. 2135, elle vient de dire que l'hypothèque existe indépendamment de toute inscription au profit de la femme, du mineur et de l'interdit, par où elle a fait exception au principe de la *publicité*.

Mais la spécialité et la publicité sont tellement dans les conditions du régime hypothécaire, les dispositions qui en proclament la nécessité sont si essentillement protrectrices, le crédit public et le crédit privé à la fois sont si étroitement intéressés à leur maintien, que le législateur n'y déroge qu'à regret, et que, dans le cas même où les nécessités de la protection qu'il doit aux incapables l'obligent à se départir du principe, il n'y veut pas renoncer cependant d'une manière absolu. Déjà les art. 2140 à 2145 ont montré cela au point de vue de la spécialité ; ces articles ont fait voir comment le législateur, après avoir posé en principe la généralité de l'hypothèque légale dans l'art. 2122, se préoccupe néanmoins de la spécialité, et ouvre le moyen de l'appliquer à l'hypothèque dans tous les cas où le gage hypothécaire excède notoirement les sûretés dues au créancier (*suprà,* nos 541 et suiv.). A leur tour, les quatre articles dont nous abordons le commentaire vont fournir la preuve qu'après avoir admis l'existence et l'efficacité de l'hypothèque au profit de la femme, du mineur et de l'interdit, indépendamment de toute inscription, le législateur se préoccupe néanmoins de la publicité de cette hypothèque, et avise aux moyens de la produire, tout en maintenant la situation privilégiée de ceux qu'elle a formellement dispensés d'inscription.

839. La loi part de cette idée que, s'il importe de ne pas faire dé-

pendre, pour le créancier, l'efficacité de l'hypothèque d'une inscription que ce créancier ne peut prendre lui-même à raison de son incapacité ou de son état de subordination, il n'est pas indifférent, au moins pour les tiers, que l'hypothèque se révèle aussitôt que se produit le fait qui lui donne naissance. Elle exige, en conséquence, la publicité dans cet intérêt; et, pour l'obtenir, elle impose à certaines personnes l'obligation de requérir l'inscription; elle donne à d'autres la faculté de le faire; et enfin elle établit, sinon contre toutes ces personnes, au moins contre celles auxquelles elle impose l'obligation d'inscrire, une sanction en vue d'assurer l'observation de ses prescriptions. D'après cela, le commentaire de nos quatre articles aura pour objet d'indiquer successivement quelles personnes *sont tenues* de faire faire l'inscription, quelles personnes *peuvent* la faire faire, et en quoi consiste la sanction établie par la loi.

II. — 840. L'obligation d'inscrire l'hypothèque légale est imposée en première ligne aux maris et aux tuteurs dont l'hypothèque grève les biens. La loi veut qu'ils rendent cette hypothèque publique, et, à cet effet, qu'ils requièrent eux-mêmes, sans aucun delai, inscription aux bureaux à ce établis, sur les immeubles à eux appartenant et sur ceux qui pourront leur appartenir par le suite (art. 2136).

Ainsi, s'agit-il de l'hypothèque légale de la femme, le mari en doit requérir l'inscription aussitôt après la célébration du mariage, car c'est par le fait du mariage que l'hypothèque prend naissance, et la loi demande au mari de faire inscrire l'hypothèque sans aucun delai.

S'agit-il de l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit, le tuteur en doit requérir l'inscription aussitôt après l'acceptation de la tutelle, car c'est par le fait de la tutelle que l'hypothèque prend naissance, et le tuteur aussi est tenu de faire faire l'inscription sans délai.

841. Du reste, soit qu'il s'agisse de l'hypothèque légale de la femme, soit qu'il s'agisse de celle du mineur ou de l'interdit, l'inscription doit être prise par les maris ou par les tuteurs sur tous leurs biens immeubles, c'est-à-dire sur tous ceux qui leur appartiennent au moment de la célébration du mariage ou de l'acceptation de la tutelle, et sur tous ceux qui pourront leur appartenir à l'avenir. C'est une conséquence naturelle de la généralité de l'hypothèque. Mais comme l'inscription prise dans un bureau n'a et ne peut avoir d'effet que sur les immeubles situés dans l'arrondissement de ce bureau, il s'ensuit que, dans le cas où les tuteurs ou maris possèdent des immeubles dans divers arrondissements, ou circonscriptions hypothécaires, ils doivent, à l'ouverture de la tutelle ou lors de la célébration du mariage, inscrire l'hypothèque légale dans le bureau de chacune de ces circonscriptions.

842. Il y avait lieu de craindre que ceux qui en première ligne sont tenus de rendre publique l'hypothèque des femmes, des mineurs, des interdits, ne fussent peu portés à remplir cette obligation. Car l'inscription doit grever leur propres biens, et l'on sent que le propriétaire est disposé plutôt à cacher qu'à manifester les charges qui atteignent ses immeubles et paralysent ou amoindrissent son crédit : aussi le législa-

teur ne s'en remet-il pas seulement aux tuteurs et aux maris du soin de révéler l'hypothèque.

Ainsi, dans toute tutelle, il y a un subrogé tuteur dont les fonctions consistent à contrôler en quelque sorte et à surveiller l'administration du tuteur. C'est à lui naturellement que le législateur devait songer pour assurer la publicité de l'hypothèque du pupille, et, en conséquence, il l'a chargé subsidiairement, soit de veiller à ce que les inscriptions soient prises sans délai sur les biens du tuteur, pour raison de sa gestion, soit même de faire faire lesdites inscriptions (art. 2137). Il va sans dire que, dans le cas où les inscriptions sont prises par le subrogé tuteur, celui-ci, comme le tuteur lui-même, doit les prendre sur tous les immeubles présents et futurs du tuteur, et, par conséquent, dans le bureau de chacun des arrondissements où le tuteur posséderait des immeubles.

Quant au mari, il exerce sans contrôle l'administration qu'il a des biens de la femme; nul ne pouvait donc être appelé à remplir, auprès de lui, pour l'inscription de l'hypothèque légale de la femme, le rôle que le subrogé tuteur remplit auprès du tuteur pour l'inscription de l'hypothèque de l'interdit ou du mineur. Toutefois, on va voir que la loi ne s'en remet pas non plus au mari seul du soin de donner la publicité à l'hypothèque légale de la femme : d'autres doivent agir à son défaut.

III. — 843. Ainsi en est-il d'abord des officiers du ministère public, dont l'action, d'ailleurs, est subsidiaire, non pas seulement à celle du mari pour l'inscription de l'hypothèque de la femme, mais encore à celle des tuteurs et des subrogés tuteurs pour l'inscription de l'hypothèque des interdits et des mineurs. L'art. 2138 dit, en effet, qu'à défaut par les maris, tuteurs, subrogés tuteurs, de faire faire les inscriptions ordonnées par les articles précédents, elles *seront requises* par le procureur de la république près le tribunal de première instance du domicile des maris et tuteurs, ou du lieu de la situation des biens. Ici encore, la loi est impérative; et quoiqu'elle s'exprime en termes moins absolus que lorsqu'elle parle des maris, des tuteurs et des subroges tuteurs, ce n'en est pas moins une obligation qu'elle impose.

Mais il ne faut pas oublier que l'intérêt dont elle se préoccupe n'est pas particulièrement celui des incapables; car l'hypothèque existant à leur égard indépendamment de toute inscription, en vertu de la règle posée dans l'art. 2135, il est vrai de dire qu'ils ne sont pas réellement intéressés, au moins au point de vue du droit de préférence, à ce que leur l'hypothèque soit rendue publique. Les dispositions qui nous occupent maintenant ont en vue surtout la sûreté des tiers, qui, en tout état de cause, peuvent veiller sur leur propre intérêt : c'est pourquoi le ministère public, quoique obligé d'agir, doit être infiniment plus réservé que s'il intervenait dans l'intérêt exclusif des incapables qu'il a pour mission de défendre et de protéger.

Cela paraît n'avoir pas été parfaitement compris à l'origine. Quelques procureurs de la république s'étaient persuadé qu'ils devaient indistinc-

tement, et sans nul examen, prendre d'office des inscriptions hypothécaires sur les immeubles des maris, pour la conservation des dot, reprises et conventions matrimoniales des femmes. D'autres, sans porter aussi loin leur sollicitude, s'étaient fait une loi de requérir ces inscriptions toutes les fois que le contrat de vente d'un immeuble appartenant à un mari était déposé au greffe par l'acquéreur pour purger les hypothèques légales. C'était une exagération dans la manière d'exécuter la disposition de notre article; l'attention du Grand Juge y fut appelée, et une circulaire, en date du 15 septembre 1806 (1), rappelant à la stricte observation de la règle, exprima « qu'en chargeant le ministère public de requérir d'office des inscriptions hypothécaires, la loi n'avait eu pour but que de suppléer à la négligence ou à l'inaction de ceux qui doivent ou qui peuvent prendre ces inscriptions;... que l'intervention du ministère public est donc purement subsidiaire et subordonnée au plus ou moins de diligence des parties, mais qu'il importe surtout qu'il n'intervienne qu'en parfaite connaissance de cause, et qu'après s'être assuré qu'*il y a lieu* de prendre inscription, afin de ne point exposer les parties à des frais frustratoires, et les tiers qui auraient légitimement contracté à de vaines difficultés et à des lenteurs préjudiciables... »

L'action du ministère public pourrait, sans inconvénient ni danger, se renfermer dans ces termes; mais il faut dire qu'aujourd'hui on ne va même plus jusque-là, et il est arrivé, après cette instruction, confirmée d'ailleurs par d'autres, que l'art. 2138 est réellement tombé en désuétude, et que, par une exagération en sens contraire, il y a peu de parquets, si même il en existe, où l'on songe à exécuter cette disposition de la loi.

844. Du reste, notre article donne mission aux procureurs de la république seulement. Il ne serait donc pas possible d'étendre cette mission et de l'accorder à des fonctionnaires autres que les officiers du ministère public. En ce sens, on ne peut qu'approuver une circulaire du ministre de la justice, du 15 septembre 1808, citée par M. Persil (2), et de laquelle il résulte que les conservateurs n'ont pas le droit de faire des inscriptions dans l'intérêt des mineurs et des femmes mariées, mais qu'ils ne doivent y procéder, aux termes de notre article, que sur la réquisition du procureur général. Ceci confirme d'autant plus la doctrine soutenue plus haut (voy. n° 801), contre l'arrêt de la Cour d'Amiens qui a validé un certificat de radiation dans lequel le conservateur, après avoir constaté la mainlevée de l'inscription prise par un créancier subrogé, réservait expressément les effets de l'inscription en faveur de la femme, ce qui était en réalité prendre l'inscription pour celle-ci : la circulaire précitée condamme cela à bon droit. L'inscription que le conservateur prendrait pour le mineur ou pour la femme serait une

(1) Voy. Locré (t. XVI, p. 460).
(2) Voy. M. Persil (art. 2138, n° 2). *Junge :* M. Zachariæ (t. II, p. 154, note 15). — Voy. cependant M. Dalloz (*Rép.*, v° Hyp. et Priv., p. 224, note 2).

inscription d'office : or, le seul cas où il puisse procéder ainsi est le cas exceptionnellement prévu par l'art. 2108.

IV. — 845. Viennent maintenant les personnes *qui sont simplement autorisées* à requérir l'inscription. L'indication, à cet égard, est faite dans l'art. 2139, suivant lequel « pourront les parents, soit du mari, soit de la femme, et les parents du mineur, ou, à défaut de parents, ses amis, requérir lesdites inscriptions ; elles pourront aussi être requises par les femmes et par les mineurs. » — Ainsi, l'article fait une distinction : quant à l'hypothèque des mineurs, l'inscription en peut être faite, soit par les parents, soit par les amis à défaut de parents, soit enfin par les mineurs eux-mêmes ; quant à l'hypothèque de la femme, l'inscription en peut être requise, soit par les parents de la femme ou du mari, soit par la femme elle-même. Guidée par un sentiment de convenance, la loi n'admet pas pour la femme, comme elle l'admet pour le mineur, que des amis agissant pour elle puissent requérir inscription en son nom ; et la jurisprudence, acceptant pleinement cette pensée, annule l'inscription prise au nom de la femme par un tiers non parent, agissant sans le consentement de celle-ci ou de son mari (1).

846. D'ailleurs l'art. 2139 n'exige aucune capacité civile en la personne de ceux qui requièrent l'inscription : aussi, quand il dit que la femme et le mineur peuvent la requérir eux-mêmes, il faut entendre que ceux-ci sont autorisés à agir, la femme sans le consentement de son mari (2), et le mineur sans l'assistance de son tuteur. C'est, d'ailleurs, une nécessité de la situation : quand le tuteur et le mari ne requièrent pas l'inscription qu'ils devraient prendre eux-mêmes, quelle probabilité y a-t-il qu'ils voulussent donner le consentement ou l'assistance qui leur seraient demandés pour la requérir à leur défaut ? Subordonner l'action de la femme ou du mineur à ce consentement ou à cette assistance, ce serait en réalité leur retirer la faculté qui leur est donnée par la loi.

V. — 847. Le législateur eût fait peu en vue du but qu'il se proposait d'atteindre s'il s'en fût tenu à une énumération pure et simple des personnes qui sont obligées ou qui ont la faculté de rendre publiques les hypothèques des femmes, des mineurs et des interdits : aussi est-il allé au delà ; et pour assurer autant que possible l'accomplissement des devoirs qu'il impose, il a complété par une sanction celles des dispositions de la loi auxquelles une sanction pouvait raisonnablement être ajoutée.

La loi du 11 brumaire an 7 était fort absolue là-dessus. En soumettant à l'inscription l'hypothèque des mineurs, elle avait disposé que

(1) Caen, 8 mai 1839 (S.-V., 39, 2, 329). — *Junge :* Poitiers, 26 janv. 1832. Voy. aussi MM. Tarrible (*Rép. de Merlin*, v° Inscript. hyp., § 3, n° 17); Persil (art. 2139); Zachariæ (t. II, p. 154). — Il a même été jugé que la réquisition d'inscription par un tiers sans qualité engage sa responsabilité, et peut servir de base à une action en dommages-intérêts de la part du mari. Cass., 4 août 1874 (S.-V., 74, 1, 462; *J. Pal.*, 1874, p. 1194; Dall., 75, 1, 163). — Du reste, il ne suffit pas que la réquisition soit revêtue d'une signature illisible pour qu'elle doive être réputée nulle, s'il n'est pas établi qu'elle n'a été faite ni par la femme, ni par un de ses parents. Req., 29 juin 1870 (S.-V., 71, 1, 29).

(2) Voy. Paris, 31 août 1810 (Dall., *Rép.*, v° Priv. et Hyp., p. 103, à la note).

l'inscription serait faite à la diligence du subrogé tuteur ou curateur, *à peine de demeurer responsable du préjudice qui résulterait du défaut ou retard d'inscription;* et puis elle avait ajouté qu'à défaut du subrogé tuteur, les *parents ou amis* qui auraient concouru à la nomination du tuteur ou curateur, *chacun individuellement et sous leur responsabilité solidaire,* seraient tenus de requérir l'inscription, ou de veiller à ce qu'elle fût faite en temps utile, à la diligence de l'un d'eux (art. 41). On comprend que le Code civil ne soit pas allé jusque-là. Les parents et les amis n'y ont pas un rôle obligé comme dans la loi de brumaire: aucune responsabilité ne pouvait donc les atteindre, car il serait déraisonnable que celui auquel la loi donne simplement une faculté d'agir pût encourir une responsabilité quelconque pour n'avoir pas fait usage de cette faculté. Une sanction n'était possible que vis-à-vis de ceux auxquels la loi impose l'obligation d'agir : aussi la sanction n'est-elle établie que vis-à-vis des maris, des tuteurs et des subrogés tuteurs.

Mais quelle est cette sanction, en quoi consiste-t-elle, dans quels cas est-elle encourue? C'est ce que nous allons dire en nous occupant distinctement, d'abord des maris et des tuteurs, et ensuite des subrogés tuteurs.

VI. — 848. Les maris et les tuteurs qui, ayant manqué de requérir et de faire faire les inscriptions ordonnées par l'art. 2136, auraient consenti ou laissé prendre des priviléges ou des hypothèques sur leurs immeubles, sans déclarer expressément que lesdits immeubles étaient affectés à l'hypothèque légale des femmes et des mineurs, seront réputés stellionataires, et, comme tels, contraignables par corps (1) : telle est la disposition du § 2 de l'art. 2136. Ainsi, le législateur ajoute ici un cas de stellionat à ceux qu'énumère l'art. 2059 du Code civil. D'après ce dernier article, il y a stellionat, — lorsque l'on vend ou que l'on hypothèque un immeuble dont on sait n'être pas propriétaire, — et lorsqu'on présente comme libres des biens hypothéqués, ou que l'on déclare des hypothèques moindres que celles dont ces biens sont chargés. Et, d'après l'art. 2136, il faut ajouter qu'il y a stellionat aussi de la part des tuteurs et des maris non pas seulement lorsqu'en conférant ou laissant prendre hypothèque ils font une fausse déclaration sur la situation hypothécaire de l'immeuble offert ou pris en gage, mais encore lorsqu'ils *gardent le silence* sur l'existence de la charge grevant cet immeuble du chef des pupilles ou des femmes. C'est là une disposition essentiellement rigoureuse, plus encore que la disposition déjà fort grave de l'art. 2059 : ainsi, elle doit être entendue restrictivement, et l'interprétation n'y doit rien ajouter. Précisons donc l'hypothèse de la loi, et voyons ensuite quelles sont les conditions ou les circonstances constitutives de ce cas de stellionat qu'elle ajoute à ceux de l'art. 2059.

849. Par exemple, Pierre, tuteur de Paul, n'a pas fait inscrire l'hypothèque qui grève ses biens immeubles du chef de ce dernier, et au-

(1) Mais il n'y a plus lieu à application de la contrainte par corps au stellionat par l'effet de la loi du 22 juillet 1867, abolitive de cette voie d'exécution en matière civile et commerciale.

cune inscription n'a été prise ni par le subrogé tuteur ni par aucun autre de ceux qui auraient eu qualité pour la requérir. En cet état, Pierre *vend* à Joseph sa maison de Versailles, sans déclarer que cette maison est grevée de l'hypothèque légale de Paul, sans dire même qu'il est investi des fonctions de tuteur, ni quoi que ce soit qui ait pu révéler à Joseph, acquéreur, l'existence de cette hypothèque. Pierre, dans ce cas, est-il stellionataire? Non; car l'hypothèse de l'art. 2136 est celle où les tuteurs et maris, ayant manqué de requérir les inscriptions ordonnées par la loi, *consentent ou laissent prendre des hypothèques* sur leurs immeubles sans déclarer que ces immeubles sont affectés à l'hypothèque légale. Or, dans notre espèce, il ne s'agit pas de cela : il y a eu, non point constitution d'hypothèque par le tuteur, mais *vente* de l'un des immeubles grevés au profit de son pupille; ce n'est pas l'hypothèse de la loi : la disposition, essentiellement de droit étroit, n'en est donc pas applicable.

Néanmoins, la Cour de cassation s'est autorisée de l'art. 2136 pour déclarer stellionataire un mari qui avait, non pas hypothéqué, mais donné en payement, sous forme de vente, un immeuble grevé de l'hypothèque légale de sa femme (1). En cela, la Cour a donné un appui sans solidité à une solution qui, dans l'espèce, pouvait être justifiée par un texte certain. Il y avait, en effet, cette circonstance particulière que l'acte de vente contenait une clause portant que *les biens vendus étaient libres de toutes charges et hypothèques*. L'art. 2059 fournissait donc à la Cour un argument décisif pour appuyer la solution consacrée; car le mari ne pouvait ignorer que l'immeuble présenté par l'acte de vente comme libre de toutes charges et hypothèques était grevé de l'hypothèque légale de sa femme : et il est bien évident que les maris et les tuteurs sont, comme tous autres, soumis à la règle commune de l'art. 2059, d'après lequel il y a stellionat lorsqu'on présente comme libres des biens hypothéqués (2). Mais c'était assurément se méprendre sur le sens et la portée de l'art. 2136 que de le prendre pour texte de la décision. La Cour de cassation elle-même ne s'y est pas trompée dans une autre circonstance. Saisie par un pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Riom, qui avait décidé la question dans le même sens et aussi par l'art. 2136, elle rejeta, à la vérité, ce pourvoi, mais par des considérations particulières, et elle eut soin de déclarer que ces considérations étant dominantes et décisives dans l'espèce, il était indifférent que certains motifs de l'arrêt attaqué fussent contraires à d'autres dispositions, et notamment « à l'art. 2136, qui ne dit pas qu'un mari doit être réputé stellionataire, lorsqu'il ne déclare pas l'hypothèque légale de sa femme *sur les immeubles qu'il vend*, mais seulement lorsqu'il *consent ou laisse prendre des priviléges ou des hypothèques*

(1) Voy. Cass., 20 nov. 1826. — *Junge :* Riom, 5 mai 1813.

(2) Voy. Agen, 8 avr. 1813, et Bordeaux, 9 juill. 1830. Voy. aussi Req., 7 janv. 1863 (S.-V., 63, 1, 175; *J. Pal.*, 1863, p. 698; Dall., 63, 1, 242). Voy. aussi MM. Aubry et Rau (t. II, p. 762; 4e édit., t. III, p. 314) et notre Commentaire des *Petits Contrats* (t. II, n° 770).

sur ses immeubles, sans déclarer expressément que ces immeubles sont affectés à l'hypothèque légale de sa femme » (1).

Là est la vérité juridique; et si l'on y veut réfléchir, l'on s'explique à merveille que la loi, limitée par ses termes mêmes, n'ait pas voulu aller au delà. Après tout, qu'un tuteur ou un mari vende un immeuble grevé de l'hypothèque légale de son pupille ou de sa femme sans déclarer l'existence de cette hypothèque, il n'y a pas à cela un danger sérieux pour l'acquéreur. Si cet acquéreur est vigilant, s'il ne manque pas de la prudence la plus vulgaire, il aura soin de ne solder son acquisition qu'après avoir rempli les formalités de la purge légale; et par là il aura mis ses intérêts complétement à couvert. Mais c'est tout autre chose lorque le mari ou le tuteur est en présence d'un capitaliste qui livre ses fonds sur hypothèque. Dans ce cas, l'absence de déclaration sur la préexistence de l'hypothèque légale est une tromperie qui peut avoir pour le prêteur des conséquences funestes et que rien ne saurait détourner; car si, faute par l'emprunteur de se libérer, le gage vient à être réalisé, cette hypothèque légale, que le prêteur avait ignorée, et dont l'existence, s'il l'avait connue, l'aurait dissuadé peut-être de livrer ses fonds, cette hypothèque légale se produira armée de son droit de préférence, elle absorbera le gage en partie ou même en totalité; et, sans qu'il ait eu aucun moyen de se défendre, le prêteur aura perdu sa créance, avec les sûretés qu'il avait stipulées. C'est cette différence dans les situations que notre article a pris ici pour règle et pour mesure; c'est l'avis de tous les auteurs (2) : et voilà pourquoi ils reconnaissent tous que le cas de vente par les tuteurs ou les maris d'immeubles déjà grevés de l'hypothèque légale reste sous l'empire du droit commun consacré par l'art. 2059, et que le seul cas pour lequel notre article ajoute aux rigueurs du droit commun est celui où les tuteurs ou maris *consentent ou laissent prendre des priviléges ou des hypothèques* sur les immeubles ainsi grevés.

850. Nous ne pensons pas, d'ailleurs, qu'il faille restreindre le sens de l'art. 2136. Ce n'est pas pourtant l'avis de la généralité des auteurs. La loi dit-on, ne se borne pas à parler des tuteurs et des maris qui *consentent des hypothèques*, elle parle de ceux qui consentent ou *laissent prendre des priviléges ou des hypothèques.* Quelle peut être en cela sa pensée? Que le tuteur ou le mari qui *consent* une hypothèque, c'est-à-dire qui confère une hypothèque conventionnelle sur les immeubles affectés à l'hypothèque légale, soit déclaré stellionataire s'il laisse ignorer au prêteur l'existence de cette hypothèque, cela se comprend à merveille. Mais comment y aurait-il stellionat de la part du tuteur ou du mari qui consentirait ou laisserait prendre un privilége sur les immeubles grevés de l'hypothèque légale? D'abord on ne *consent* pas un

(1) Voy. Req., 25 juin 1817, arrêt qui rejette le pourvoi dirigé contre l'arrêt de Riom, du 5 mai 1813, ci-dessus cité.

(2) Voy. MM. Grenier (t. I, nº 264, à la note); Duranton (t. XX, nº 42); Coin-Delisle (sur l'art. 2059, nº 15); Zachariæ (t. II, p. 153); Troplong (*Contr. par corps*, nºˢ 71 et suiv.); F. Berriat Saint-Prix (*Rev. crit.*, t. VIII, p. 552, à la note).

privilége, puisqu'il n'y a de priviléges que ceux qui sont établis par la loi, dans des cas et en faveur de créances déterminées et limitées; ensuite, un privilége pût-il être consenti ou créé, ou bien le mari ou le tuteur laissât-il prendre un privilége, l'absence de déclaration sur la préexistence de l'hypothèque légale ne serait pas le moins du monde préjudicible, puisque le privilége, par la nature même de la créance à laquelle il est attaché, est préférable à toutes les hypothèques. D'un autre côté, comment y aurait-il stellionat même de la part du tuteur ou du mari qui *laisserait prendre hypothèque* sans faire la déclaration exigée par le texte? Ces expressions de la loi ne peuvent s'entendre que de l'hypothèque légale ou de l'hypothèque judiciaire; et comment le mari ou le tuteur qui est en procès pourrait-il être déclaré stellionataire pour n'avoir pas averti son adversaire que l'hypothèque qui va résulter à son profit du jugement, si ce jugement lui est favorable, aura à compter avec l'hypothèque légale du pupille ou de la femme? Comment le tuteur ou le mari qui devient *comptable,* et dont les biens, à ce titre, vont être grevés d'une hypothèque légale au profit de l'État, pourrait-il être déclaré stellionataire pour n'avoir pas fait connaître à l'État l'existence de cette autre hypothèque légale dont ces mêmes biens sont grevés à raison de sa gestion de mari ou de tuteur?

Telles sont les objections présentées par la généralité des auteurs, qui, les considérant comme insurmontables, ont conclu que l'art. 2136 ne trouve d'application que dans le cas d'hypothèque conventionnelle, ce qui, du reste, paraît résulter de l'art. 2194, lequel, en rappelant dans sa disposition finale la prévision de notre article, ne parle, en effet, que des *hypothèques consenties* par les tuteurs ou les maris (1).

Nous ne croyons pas, quant à nous, que les expressions que l'on voudrait retrancher de notre article soient sans signification ni portée. Il est tel cas, en effet, où les tuteurs et les maris sont réellement stellionataires dans le sens de cet article, bien qu'ils ne consentent pas directement hypothèque. Sans doute, nous n'irons pas jusqu'à dire avec M. Duranton (2) qu'ils sont stellionataires, lorsque, ayant perdu un procès, ils laissent prendre à la partie qui a obtenu un jugement contre eux une hypothèque judiciaire sans déclarer l'existence de l'hypothèque légale; ou encore que le mari est stellionataire, sinon dans le cas où il devient tuteur légal, au moins quand il accepte, sans déclarer l'existence de l'hypothèque légale de sa femme, une tutelle à lui déférée par un conseil de famille ou par le dernier mourant des père et mère du mineur : car, dans ce cas, on ne voit pas comment et à quel moment la déclaration pourrait être faite; la loi n'en dit rien, et son silence à cet égard indique par lui-même qu'elle n'a pas prévu ces situations. Mais à défaut de ces cas, il en est d'autres où les tuteurs et les maris deviennent réellement stellionataires, sans constituer, mais seulement

(1) Voy. MM. Tarrible (v° Inscript., § 3, n° 14); Persil (art. 2136, n° 3); Dalloz (*Rép*, v° Priv. et Hyp., p. 223, n° 5); Zachariæ (t. II, p. 153, note 11); Taulier (t. VII, p. 314); Troplong (n° 633 *bis*).
(2) Voy. M. Duranton (t. XX, n°s 48 et 49).

en *laissant prendre* des hypothèques ou même des priviléges ; ils peuvent, par le moyen de la subrogation, se placer dans ce cas. Par exemple, les immeubles de Joseph, grevés de l'hypothèque légale d'Eugénie, sa femme, sont chargés en outre d'inscriptions au profit de Jacques, de Jean, de Paul, dont les hypothèques viennent après celle d'Eugénie. Pressé par Jacques, qui veut avoir son payement, Joseph emprunte à Louis, qu'il subroge à l'hypothèque de Jacques, lequel est désintéressé avec les deniers d'emprunt, et s'abstient alors de déclarer la préexistence de l'hypothèque légale. Il y a là stellionat évident dans le sens de notre article, puisque Joseph a sinon consenti, au moins laissé prendre une hypothèque sans prévenir le créancier subrogé de l'existence de l'hypothèque légale par laquelle il était primé. — Par exemple encore, Joseph vend un des immeubles grevés de l'hypothèque légale d'Eugénie, sa femme ; il acquiert ainsi le privilége de vendeur. Puis il est payé au moyen de deniers empruntés par Jacques, acquéreur, à Louis, et il consent à celui-ci une quittance subrogatoire, sans déclarer l'existence de l'hypothèque légale. Là encore il y a stellionat incontestablement, car le mari a *laissé prendre un privilége* sans prévenir que ce privilége était primé par une hypothèque légale dont la vente par lui consentie n'avait pu diminuer les sûretés (1).

D'autres hypothèses pourraient être ajoutées ; mais celles-ci montrent suffisamment que la loi s'exprime avec exactitude dans notre article lorsqu'elle dit que les maris et les tuteurs sont stellionataires *s'ils consentent ou laissent prendre* des priviléges ou des hypothèques sans faire les déclarations exigées.

851. Maintenant que le cas prévu par notre article est précisé, voyons dans quelles circonstances, ce cas étant donné, la disposition de la loi peut et doit recevoir son application. Le texte, à cet égard, ne laisse pas le moindre doute : les maris et les tuteurs, y est-il dit, *qui, ayant manqué de faire faire les inscriptions prescrites,* auraient consenti ou laissé prendre des hypothèques ou des priviléges sur leurs immeubles, *sans déclarer expressément* que ces immeubles sont grevés de l'hypothèque légale, seront réputés stellionataires. Ainsi, le stellionat résulte ici de deux circonstances : il faut que l'hypothèque légale ne soit pas déjà inscrite quand le tuteur ou le mari constituent ou laissent prendre des hypothèques sur leurs immeubles, et que l'inscription n'existant pas, ils n'aient point fait au créancier qui acquiert hypothèque la déclaration expresse de la préexistence de l'hypothèque légale. La réunion de ces deux circonstances est nécessaire ; l'une des deux manquant, la disposition de la loi devient inapplicable, non-seulement parce qu'en matière de stellionat tout est de droit étroit, mais encore parce que les deux circonstances sont corrélativement liées, en ce sens que si l'une des deux fait défaut, le créancier qui acquiert hypothèque sur les immeubles grevés de l'hypothèque légale ne peut pas justement alléguer la fraude que la loi suppose, et contre laquelle elle dirige ses rigueurs.

(1) Voy. M. Duranton (t. XX, nº 47).

852. D'une part, en effet, lorsque le mari ou le tuteur, se conformant à la disposition de l'art. 2136, § 1, ont fait faire l'inscription de l'hypothèque légale, il n'y a aucune fraude ni aucun dol à leur reprocher si, en conférant ultérieurement une hypothèque, ils omettent de faire la déclaration expresse de la charge dont leurs immeubles sont déjà grevés. Le créancier qui traite avec le mari ou le tuteur a pu connaître l'existence de cette charge; il a dû la connaître même s'il a été vigilant, car il a dû consulter les registres hypothécaires; et s'il a négligé ce soin, que la prudence la plus vulgaire lui commandait de prendre, il a commis une faute qui ne lui permet pas de reprocher au tuteur ou au mari le silence qu'ils ont gardé en constituant ou en laissant prendre l'hypothèque.

Ajoutons seulement que si la loi parle de l'inscription *faite par le mari ou par le tuteur,* ce n'est pas à dire que la solution ne doive pas être étendue au cas où l'hypothèque légale aurait été inscrite par un autre que le tuteur ou le mari. Dès qu'une inscription préexiste sur les registres du conservateur, il importe peu de qui émane la réquisition qui l'y a fait porter; le créancier a pu s'éclairer, et il sera mal venu à se plaindre de l'absence d'une déclaration expresse au moment où il a traité ensuite avec le tuteur ou le mari : c'est sa faute s'il n'a pas connu la vérité.

853. D'une autre part, lorsque le mari ou le tuteur, méconnaissant les prescriptions de la loi, ont négligé de prendre une inscription que nul autre d'ailleurs n'a requise au nom de la femme ou du pupille, il n'y a non plus aucune fraude ni aucun dol à leur reprocher si, en conférant ultérieurement ou en laissant prendre hypothèque sur leurs immeubles, ils font connaître, par leur déclaration au créancier, la préexistence de l'hypothèque légale. Ils réparent, par cette déclaration qui supplée au défaut d'inscription, le tort qu'ils ont eu de ne pas obéir à la loi; et si le créancier, ne s'étant pas arrêté devant cette déclaration, il arrivait qu'il eût à souffrir plus tard de l'exercice du droit résultant de l'hypothèque légale, il n'y aurait rien d'imputable au tuteur ou au mari. Le créancier a été averti; il a traité ou agi en connaissance de cause; il s'est volontairement et sciemment exposé au dommage qu'il souffre : la condition constitutive du stellionat défaille donc aussi bien que si l'hypothèque légale avait été rendue publique par une inscription.

854. Mais notons que la déclaration, pour qu'elle supplée au défaut d'inscription, doit être *expresse*. Le mari ou le tuteur qui, n'ayant pas requis l'inscription de l'hypothèque légale, se borneraient, en engageant leurs immeubles, à déclarer simplement leur qualité de tuteur ou de mari, ne feraient pas assez pour échapper à la peine du stellionat. La déclaration doit exprimer en outre que les immeubles sont grevés de l'hypothèque légale; et cela n'est pas contenu dans la simple énonciation de la qualité, puisqu'il se peut que le tuteur ou le mari n'aient pas de restitutions à effectuer à la femme ou au pupille. Il faut donc une déclaration qui précise et fasse connaître l'existence de l'hypothèque légale; et, à notre avis, il en doit être ainsi, même dans le cas où celui

auquel le tuteur ou le mari engageraient leurs immeubles aurait eu connaissance personnellement de l'existence de l'hypothèque légale. La Cour de cassation a cependant décidé le contraire (1). Mais quand la loi prononce la peine du stellionat contre celui qui, n'ayant pas requis l'inscription, manque ensuite de faire une *déclaration expresse*, elle indique par cela même que, dans sa pensée, la déclaration seule peut suppléer au défaut d'inscription. La connaissance que le créancier pourrait avoir de l'existence de l'hypothèque légale est un fait trop incertain, et sur lequel trop de contestations peuvent s'élever, pour qu'il soit prudent de l'admettre comme suppléant également au défaut d'inscription. C'est l'avis qui prévaut en doctrine et en jurisprudence (2).

855. Néanmoins, dans le cas de déclaration incomplète ou même inexacte, on doit admettre, suivant les circonstances, l'exception de bonne foi de la part du tuteur ou du mari. En thèse générale et dans les cas ordinaires, la mauvaise foi est prise comme élément du stellionat (3); il n'y a pas de motif pour excepter de la règle le cas de stellionat prévu par l'art. 2136 et ajouté à ceux de l'art. 2059. Les Cours de Bordeaux et de Paris se sont prononcées en sens contraire (4). Mais la solution serait inacceptable si elle était posée en thèse de droit. On peut dire qu'en fait le tuteur ou le mari seront rarement de bonne foi lorsqu'ils feront une déclaration inexacte; mais enfin, si l'appréciation des circonstances fait reconnaître qu'il y a eu simplement erreur, et que la déclaration incomplète ou inexacte n'a été inspirée par aucune pensée frauduleuse, il serait par trop rigoureux d'appliquer une sanction établie pour réprimer la mauvaise foi et la fraude. La Cour de cassation a justement décidé, en ce sens, que le mari qui déclare ses immeubles francs d'hypothèque n'est pas stellionataire, bien que ces immeubles soient grevés de l'hypothèque légale de sa femme, s'il est établi qu'il a pu croire à l'anéantissement de cette hypothèque, par exemple si la femme a donné son consentement à la convention, mais en état de minorité, et que ce consentement soit par suite annulé (5).

856. Constatons, du reste, à propos de cette première sanction, que la femme d'un mari déclaré stellionataire pouvait le faire relever de la contrainte par corps qui, avant la loi abolitive du 22 juillet 1867, était la suite du stellionat; elle le pouvait en faisant cesser le tort et le dommage causés au créancier, spécialement en renonçant en sa faveur à son hypothèque légale. C'est par un excès de rigueur qu'à l'origine la Cour de Paris s'était prononcée en sens contraire (6).

VII. — 857. A côté de la sanction dont nous venons de parler, la

(1) Rej., 26 juin 1844 (S.-V., 45, 1, 77; Dall., 44, 1, 412).

(2) Limoges, 18 avr. 1828; Poitiers, 29 déc. 1830 (Dall., 29, 2, 93; 31, 2, 34). Voy. aussi MM. Persil (art. 2136, n° 4); Zachariæ (t. II, p. 153, note 12); Duranton (t. XX, n° 45); Taulier (t. VII, p. 314); Troplong (n° 633).

(3) Bordeaux, 13 févr. 1851; Douai, 20 nov. 1851 (S.-V., 51, 2, 372; 53, 2, 270). Voy. M. Troplong (*Contr. par corps*, n°s 63 et 64).

(4) Bordeaux, 15 mars 1833; Paris, 27 nov. 1835 (Dall., 33, 2, 166; 36, 2, 80).

(5) Cass., 21 févr. 1827. Voy. aussi MM. Coin-Delisle (art. 2059, n° 18); Troplong (*Priv. et Hyp.*, n° 633). — *Junge:* Bordeaux, 9 juill. 1830.

(6) Voy. Paris, 12 déc. 1816.

loi en a placé une autre sur laquelle il n'y a que très-peu d'observations à présenter. Celle-ci atteint les subrogés tuteurs, qui, ainsi que nous l'avons vu, sont tenus de veiller, dans l'intérêt du pupille, à ce que les inscriptions soient prises sans délai sur les biens du tuteur, pour raison de sa gestion, et même de faire faire lesdites inscriptions. Mais la sanction est par sa nature toute différente de celle dont nous venons de parler; elle est exclusivement pécuniaire : l'art. 2137 qui l'établit dispose, en effet, que le subrogé tuteur doit remplir la charge qui lui est imposée *sous sa responsabilité personnelle et sous peine de tous dommages et intérêts.*

858. Mais vis-à-vis de qui la responsabilité du subrogé tuteur est-elle engagée? Les termes fort vagues de l'art. 2137 laissent planer quelques doutes à cet égard. La question se pose vis-à-vis du pupille lui-même et vis-à-vis des tiers.

859. En ce qui concerne le pupille, on estime assez généralement que l'hypothèque existant en principe à son profit indépendamment de toute inscription, ce n'est pas à lui que peut nuire le défaut de vigilance du subrogé tuteur ou son inaction, et, par suite, on conclut que ce n'est pas vis-à-vis de lui que la responsabilité du subrogé tuteur est engagée (1). Ceci, pourtant, nous semble trop absolu. Sans doute, si l'on n'envisage que le droit de préférence résultant de l'hypothèque, la solution doit être acceptée : le mineur et l'interdit ont un droit qui remonte à la date de l'entrée en gestion du tuteur, et qui n'a aucun besoin de s'être révélé avant la fin de la tutelle pour prévaloir sur tous ceux que le tuteur aurait pu conférer. Leur intérêt, sous ce rapport, ne peut donc pas être compromis par le défaut d'inscription, et, par conséquent, ils ne peuvent avoir aucun motif de recourir contre le subrogé tuteur qui n'aurait pas accompli le devoir que lui impose la loi. Mais si l'on envisage le droit de suite qui s'attache à l'hypothèque, il en peut être autrement. A ce point de vue, il peut n'être pas sans inconvénient que l'hypothèque du pupille ne soit pas inscrite; c'est ce que nous verrons dans notre commentaire des art. 2193 et suivants. Et si, dans cet ordre d'idées ou de faits, il arrivait que le défaut d'inscription tournât contre le pupille, on ne pourrait, ce nous semble, lui refuser le bénéfice de l'art. 2137 contre le subrogé tuteur négligent dont la responsabilité serait certainement engagée.

860. En ce qui concerne les tiers, un point est hors de toute controverse : le subrogé tuteur est responsable des conséquences pouvant résulter du défaut d'inscription de l'hypothèque légale, au préjudice des créanciers auxquels le tuteur aurait consenti des hypothèques sur ses immeubles depuis son entrée en gestion. Ces créanciers ont pu traiter dans la confiance que le gage qu'on leur offrait était libre de toute hypothèque, puisque aucune inscription ne leur était révélée; si l'hypothèque légale se produit plus tard, et vient détruire le gage ou l'absorber de telle manière que les créanciers y perdent leur créance en

(1) Voy. MM. Persil (sur l'art. 2137); Troplong (n° 633 *ter*).

partie ou en totalité, ils pourront se retourner contre le subrogé tuteur et lui demander la réparation d'une perte à laquelle ils ne se fussent pas exposés s'ils avaient connu l'existence d'une hypothèque que la négligence du subrogé tuteur a concouru à leur laisser ignorer.

861. Mais faut-il aller plus loin et dire que le subrogé tuteur sera responsable même vis-à-vis des créanciers simplement chirographaires envers lesquels le tuteur se serait obligé? L'affirmative pourrait s'induire de la généralité des termes de l'art. 2187, et quelques auteurs sont allés jusque-là, en se fondant sur ce que les créanciers chirographaires, s'ils eussent connu l'existence de l'hypothèque légale, n'auraient peut-être pas contracté avec le tuteur sans exiger, soit un cautionnement, soit d'autres sûretés, ou du moins se seraient hâtés d'exiger leur payement, et auraient évité ainsi d'être primés par le pupille (1). C'est, pourtant, une application exagérée du principe de la responsabilité. Le tuteur lui-même n'encourt la peine du stellionat que s'il confère ou laisse prendre hypothèque sans avoir révélé l'existence de l'hypothèque légale (art. 2136), en sorte qu'aucune responsabilité ne l'atteint tant qu'il ne contracte que des dettes chirographaires. Est-il dès lors admissible que le législateur, se montrant plus sévère pour le subrogé tuteur, dont l'obligation n'est en quelque sorte que subsidiaire, ait entendu le soumettre à une responsabilité qui, existant même au profit des créanciers chirographaires, serait par cela même illimitée? (2)

2140 à 2145.

862. Les art. 2140 à 2145 ont trait à la mesure de l'hypothèque légale quant aux biens qu'elle affecte. Nous les avons réunis, par ce motif, à l'art. 2122, où le lecteur en trouvera le commentaire et l'explication (*suprà*, n°s 538 et suiv.). Nous n'avons plus à y revenir, et après avoir traité distinctement, suivant la marche du Code, soit des *Priviléges,* soit des *Hypothèques,* nous arrivons aux chapitres dans lesquels la pensée du législateur embrasse à la fois les deux causes de préférence.

CHAPITRE IV

DU MODE DE L'INSCRIPTION DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

2146. — Les inscriptions se font au bureau de conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel sont situés les biens soumis au privilége ou à l'hypothèque. Elles ne produisent aucun effet, si elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls.

---

(1) C'est l'opinion qu'avaient d'abord émise MM. Aubry et Rau. Mais ils l'ont abandonnée dans les dernières éditions de leur ouvrage (t. II, p. 764, note 45; 4e édit., t. III, p. 316, note 48).

(2) Voy., en ce sens, MM. Dalloz (vo Priv. et Hyp., p. 224, no 8); Taulier (t. VII, p. 316 et 317); Aubry et Rau (*loc. cit.*).

Il en est de même entre les créanciers d'une succession, si l'inscription n'a été faite par l'un d'eux que depuis l'ouverture, et dans le cas où la succession n'est acceptée que par bénéfice d'inventaire.

SOMMAIRE.

I. 863. C'est par l'inscription que les priviléges et les hypothèques sont vivifiés. — 864. L'art. 2146 détermine le lieu où elle doit être prise et signale quelques circonstances dans lesquelles l'inscription reste sans effet.

II. 865. L'inscription doit être faite au bureau de conservation dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. — 866. Il y a un bureau par arrondissement, sauf à Paris. — 867. L'inscription prise sur un bureau ne s'étend en aucun cas aux biens situés sur un autre arrondissement. — 868. Pour les actions immobilisées de la Banque de France, l'inscription doit avoir lieu à Paris. — 868 *bis*. *Quid* en ce qui concerne l'hypothèque maritime? Loi du 10 décembre 1874, art. 6 et 26.

III. 869. La loi consacre deux exceptions aux règles ordinaires sur le temps et les circonstances dans lesquels l'inscription peut être prise. — 870. Ces exceptions sont relatives aux cas de faillite et de bénéfice d'inventaire.

IV. 871. Première exception. *Cas de faillite du débiteur.* Précédents historiques : édit de mars 1673, déclaration du 18 mars 1702. — 872. Loi de brumaire an 7, Code civil, Code de commerce, loi du 22 mai 1838. — 873. Dispositions des nouveaux art. 446 et 448 du Code de commerce. — 874. Ces articles concilient équitablement les intérêts de la masse chirographaire et ceux des créanciers hypothécaires.

V. 875. Ancienne controverse sur la fixation du moment où la faillite est ouverte : la loi nouvelle le fixe au jour de la cessation des payements. — 876. Elle ne s'étend pas au cas de déconfiture; — 877. Ni à celui de cession de biens.

VI. 878. A quels droits s'appliquent les prohibitions? — 879. Pas de difficulté pour les acquisitions d'hypothèque. — 880. La nullité n'est prononcée que relativement à la masse, — 881. Et pour dettes résultant de prêts d'argent; — 882. Non pour dettes résultant de sommes versées par le prêteur en même temps que les hypothèques sont acquises, — 883. Ni, à plus forte raison, pour dettes résultant de sommes promises (ouvertures de crédit). Et, dans ce cas, l'hypothèque n'est même pas atteinte pour la portion de crédit dont le failli aurait disposé en temps suspect. — 884. L'art. 446 n'applique les prohibitions qu'aux hypothèques *conventionnelles* et *judiciaires*. — 885. Donc l'annulation n'atteint pas les priviléges; — 886. Ni les hypothèques *légales*.

VII. 887. Transition aux réquisitions d'inscription : art. 448. — 888. Pouvoir discrétionnaire du juge pour annuler les inscriptions prises en temps suspect, s'il s'est écoulé plus de quinze jours depuis la date de l'acte constitutif. Ce pouvoir est indépendant de la bonne ou mauvaise foi du créancier. — 889. La prohibition d'inscrire les droits acquis après la cessation des payements s'applique aux créances principales constituant un droit nouveau, et non aux intérêts des créances inscrites en temps utile. — 890. La prohibition de l'art. 448 ne s'applique ni aux priviléges ni aux hypothèques légales.

VIII. 891. La règle que les priviléges et les hypothèques peuvent être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite n'est point absolue. — 892. Ainsi le cours des inscriptions peut être arrêté par la transcription antérieure à ce jugement (loi du 23 mars 1855). — 893. Autres limitations : — 894. Quant aux hypothèques conventionnelles, il y en a une dans le § 2 de l'art. 448. — 895. Quant aux hypothèques légales, celles qui sont sujettes à inscription devront être inscrites avant le jugement déclaratif. Les autres pourront l'être encore après si le délai accordé par la loi de 1855 n'est pas expiré. — 896. Quant aux priviléges, ils doivent aussi être inscrits avant le jugement déclaratif. — 897. Cependant il y a quelques distinctions à faire. — 848. La règle s'applique d'une manière absolue aux priviléges que la loi soumet à toutes les conditions ordinaires de publicité. — 899. Mais quant aux priviléges pour l'inscription desquels la loi donne un délai, ils peuvent être inscrits, même après le jugement déclaratif, si le délai n'est pas expiré. — 900. Il est enfin des cas où la loi prohibitive ne reçoit aucune application. — 901. C'est : 1° pour la séparation des patrimoines; — 902. 2° Pour le privilége du propriétaire sur l'immeuble vendu et non payé, malgré la jurisprudence contraire. — 903. En effet, à l'égard des tiers, il n'y a pas de transmission de la propriété avant la *transcription*, et la

déchéance de l'art. 448 ne s'applique qu'au défaut d'*inscription*. — 904. En supposant que le vendeur perdît son privilége par le défaut d'inscription, il aurait encore l'action résolutoire. A ce cas ne s'applique point l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855.

IX. 905. Limitation des prohibitions des art. 446 et 448 au point de vue des biens qu'elles peuvent concerner. — 906. Ces prohibitions s'appliquent à tous les biens appartenant au failli, mais seulement lorsque l'inscription prise en temps suspect produirait l'inégalité entre les créanciers. — 907. Ainsi, elles ne s'appliqueraient pas à l'immeuble hypothéqué par le débiteur, et, depuis, vendu par celui-ci à un tiers qui tomberait en faillite; — 908. Ni à l'immeuble hypothéqué que le débiteur aurait aliéné avant de tomber en faillite. — 909. *Quid* dans le cas où le droit réel existant sur l'immeuble revendu par le failli est un privilége de vendeur? — 910. Les droits du vendeur prévalent si la transcription de l'acte de vente surprend le tiers acquéreur non encore investi vis-à-vis des tiers par la transcription de son propre contrat. — 911. Au contraire, si le tiers acquéreur a fait transcrire la revente, les droits du tiers acquéreur ou ceux du vendeur prévalent suivant qu'on se trouve en deçà ou au delà des quarante-cinq jours accordés au vendeur par l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855 pour inscrire son privilége.

X. 912. Deuxième exception. *Du bénéfice d'inventaire*. Des inscriptions prises après la mort du débiteur. — 913. L'inscription ne produit aucun effet entre les créanciers de la succession, dans le cas où la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire. — 914. La précaution de la loi est exagérée; elle manque d'équité.

XI. 915. Quoique exceptionnelle, la disposition de la loi est applicable dans le cas où la succession aurait été acceptée purement et simplement par un héritier insolvable; — 916. Et aux successions vacantes ou répudiées; — 917. Et, à plus forte raison, quand l'acceptation bénéficiaire, au lieu d'être volontaire, est imposée par la loi; par exemple, à l'héritier mineur ou interdit. — 918. Toute inscription prise après l'ouverture de la succession est sans efficacité, encore qu'elle ne soit acceptée bénéficiairement qu'après le décès du débiteur, et quand l'inscription existe déjà. — 919. Il en est de même dans le cas où la succession étant échue à plusieurs héritiers, elle est acceptée purement et simplement par les uns et bénéficiairement par les autres. — 920. Mais l'inscription devient efficace si l'acceptation bénéficiaire est annulée ou si l'héritier vient à déchoir du bénéfice d'inventaire. — 921. Transition aux droits de privilége auxquels s'étend la défense de la loi.

• 922. On s'occupera successivement des acquisitions d'hypothèque et des réquisitions d'inscription. — 923. Quant aux acquisitions d'hypthèque, il ne peut être question que des hypothèques conventionnelles et judiciaires : la constitution de la première par l'héritier bénéficiaire est valablement faite; mais les hypothèques judiciaires ne peuvent être acquises contre l'héritier bénéficiaire sur les biens de la succession. — 924. Quant aux réquisitions d'inscription, les difficultés, dans ce cas, sont, à certains égards, celles qui s'élèvent dans le cas de faillite du débiteur. — 925. Ainsi, c'est aux inscriptions constituant un droit nouveau que s'applique la prohibition faite par la loi pour le cas de faillite. — 926. Mais dans quelle mesure s'applique-t-elle? Distinction : s'agit-il des hypothèques, la prohibition existe pour toutes celles qui ne peuvent être conservées ou passer à l'état de droit actif qu'au moyen d'une inscription; — 927. S'agit-il des priviléges, la prohibition est sans effet quant à ceux qui sont dispensés d'inscription; quant aux autres, il faut se référer aux distinctions indiquées aux nos 897 et suivants et au no 901.

XIII. 928. Le sort de l'inscription n'est réglé qu'au point de vue des créanciers entre eux; d'où suit que l'exception est étrangère aux inscriptions faites sur les immeubles dont le défunt était seulement tiers détenteur.

I. — 863. Les hypothèques en général, et aussi la plupart des priviléges sur les immeubles, restent à l'état de droit inerte tant que l'existence n'en est pas révélée; c'est par la publicité, en effet, qu'ils se vivifient et constituent réellement, pour le créancier, ces *causes de préférence* dont parle le législateur dans l'art. 2094 du Code civil : nous nous sommes expliqué là-dessus dans les chapitres qui précèdent, et notamment en commentant les art. 2106 et suivants, et l'art. 2134.

Nous avons dit aussi que la publicité, par laquelle les hypothèques et les priviléges sur les immeubles passent à l'état de droits actifs, et deviennent opposables aux tiers, a son mode particulier et nécessaire; qu'à l'exception du privilége du vendeur, lequel se manifeste aux tiers par la *transcription* de la vente (voy. nos 262 et 263), les autres priviléges sur les immeubles et les hypothèques (ceux du moins qui ne sont pas l'objet d'une faveur toute exceptionnelle) doivent être rendus publics au moyen d'une *inscription* sur les registres du conservateur; et que nul autre moyen, quelque susceptible qu'on le suppose de révéler l'existence du privilége ou de l'hypothèque, ne peut être mis à la place de l'inscription, qui est l'instrument obligé de la publicité hypothécaire (voy. *suprà*, no 798).

864. Mais ce n'est pas assez que les priviléges sur les immeubles et les hypothèques soient inscrits; l'inscription n'en manifeste réellement l'existence et, par conséquent, ne les rend opposables aux tiers qu'autant qu'elle est faite en la forme et de la manière prescrites par la loi : l'art. 2134 ci-dessus commenté (nos 723 et suiv.) a dit cela en termes positifs; et voici que le législateur, s'occupant des points réservés par ce dernier article, va déterminer dans le présent chapitre et les formes de l'inscription et la manière en laquelle elle doit être faite pour qu'elle ait son efficacité.

La loi s'expliquera particulièrement, dans ce chapitre, sur les solennités constitutives de l'inscription, c'est-à-dire sur les éléments dont l'inscription doit se composer pour que la manifestation du privilége ou de l'hypothèque soit complète et ne laisse pas d'équivoque. Mais avant d'aborder ces détails, qui sont la partie essentielle et vitale de ce chapitre, le législateur détermine le lieu dans lequel l'inscription doit être faite, et précise quelques circonstances particulières où une inscription, même régulière et parfaite sous tous les rapports, est pourtant condamnée à rester sans effet. C'est l'objet de l'art. 2146, par lequel s'ouvre la série des dispositions du chapitre; c'est donc à ces deux points que nous avons, quant à présent, à nous attacher.

II. — 865. La publicité des hypothèques étant instituée pour éclairer tous ceux qui peuvent y avoir intérêt sur le crédit hypothécaire du propriétaire foncier, le sens intime dit qu'elle ne peut être réellement utile et atteindre son but qu'à la condition de se produire en quelque sorte sur le lieu même où le propriétaire a ses immeubles. C'est pourquoi toutes les lois qui ont voulu asseoir le régime hypothécaire sur le principe de la publicité ont fixé des circonscriptions territoriales dans le cercle desquelles ont dû s'accomplir les formalités constitutives de cette publicité. L'édit de 1673, par lequel Colbert tenta, comme nous l'avons vu plus haut (nos 724 et 727), de généraliser en France ce principe, organisé jusque-là seulement dans les provinces de saisine et de nantissement, disait déjà (art. 12) que ceux qui auraient hypothèque en vertu de quelque titre que ce fût, même de sentences, jugements ou arrêts sur héritages, rentes foncières ou constituées par le roi sur les hôtels de ville, domaines engagés, offices domaniaux et autres immeubles

qui ont une situation certaine, pourraient former leurs oppositions aux greffes des enregistrements des bailliages et sénéchaussées de la *situation des immeubles* sur lesquels ils auraient hypothèque. La loi du 11 brumaire an 7, en substituant la formalité de l'inscription à celle de l'opposition, dont l'édit avait fait l'instrument de la publicité, disait dans le même sens (l'art. 16), que les inscriptions seraient faites au bureau de la conservation des hypothèques *de la situation des biens* sur lesquels le créancier entendrait exercer son privilége ou hypothèque. Et enfin, c'est dans ce sens également que l'art. 2146, exprimant la même idée en d'autres termes, dit que les inscriptions se font au bureau de conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel *sont situés les biens* soumis au privilége ou à l'hypothèque.

866. Pourtant il ne fallait rien exagérer. L'intérêt de placer, pour ainsi dire, à côté des immeubles les registres qui en doivent constater les charges pour que la publicité ne devienne pas insignifiante et trompeuse, pouvait être satisfait sans que les circonscriptions hypothécaires fussent multipliées à l'infini et divisées autant que la propriété elle-même. Le principe de la publicité pouvait être organisé d'une manière utile à beaucoup moins que cela : il suffisait que le lieu où s'effectue la formalité fût assez rapproché de la situation des immeubles pour que les recherches et les vérifications fussent toujours possibles et même faciles. Le législateur a pensé que la division de la conservation hypothécaire en autant de bureaux qu'il y a d'arrondissements répondrait à toutes les exigences. C'était d'ailleurs la division indiquée par la tradition. En effet, la loi du 9 messidor an 3 voulait un établissement de conservateur des hypothèques dans chaque district (c'est-à-dire, aujourd'hui, dans chaque sous-préfecture ou arrondissement communal). C'est ce qui a été précisé ensuite par la loi du 21 ventôse an 7 : seulement, l'arrondissement dont parle cette dernière loi semble s'entendre plus particulièrement de l'arrondissement *judiciaire* (art. 2). Quant à l'art. 2146, nous pensons qu'il a parlé dans le même sens que la loi de l'an 3. Mais en fait, sinon en droit, l'arrondissement *hypothécaire* répond à l'arrondissement *judiciaire,* à cause de l'harmonie établie entre le territoire administratif et le territoire judiciaire. Il y avait toutefois à noter, avant l'annexion, l'anomalie ou l'exception relative au Tribunal de la Seine, où, pour un seul arrondissement judiciaire, il y avait trois arrondissements ou trois conservations hypothécaires : Paris, Saint-Denis et Sceaux.

867. Chaque arrondissement a donc aujourd'hui son bureau de conservation et son conservateur dont la compétence s'applique à tous les immeubles situés dans l'arrondissement, mais ne peut s'étendre au delà. Ainsi, l'inscription prise dans tel bureau frappe si l'immeuble sur lequel le créancier s'est proposé de s'inscrire est situé dans le ressort du bureau, et ne peut frapper qu'à cette condition. Ceci se conçoit de soi-même, et l'observation n'a besoin d'être faite que pour le cas où l'hypothèque atteindrait une même exploitation ou un même domaine situé sur divers arrondissements. On pourrait croire que l'inscription prise

dans un seul bureau suffirait pour imprimer l'hypothèque, par une sorte d'effet extensif, sur les parties du domaine ou de l'exploitation situées dans les autres arrondissements. Ce serait une erreur : l'effet de l'inscription prise même dans le bureau de l'arrondissement où est la partie principale et le siége de l'exploitation n'en serait pas moins limité aux portions de cette exploitation comprises dans le ressort du bureau; les autres ne pourraient être affectées de l'hypothèque, vis-à-vis des tiers, que par une inscription spéciale prise aux bureaux de conservation dans le ressort desquels ces portions seraient situées. La loi du 11 brumaire an 7 disait en ce sens que « si l'inscription de la même créance a été faite dans plusieurs bureaux, l'hypothèque n'a rang, sur les biens situés dans chacun d'eux, *que du jour où l'inscription y a été effectuée.* » Les termes de l'art. 2146 rendent suffisamment la même pensée.

868. Notons, en terminant sur le premier objet de cet article, que lorsque l'inscription porte sur les actions immobilisées de la Banque de France (et, avant les lois du 1er août 1860 et 20 mai 1863, lorsqu'elle portait sur les actions des canaux d'Orléans et de Loing, voy. nos 401 et suiv.), elle doit (ou devait) être faite au bureau des hypothèques de Paris, quel que soit le domicile du propriétaire des actions. Les décrets des 16 janvier 1808 et 16 mars 1810, qui ont permis l'immobilisation de ces actions, et les ont par là rendues susceptibles d'hypothèque, ne précisent rien, à la vérité, sur ce point. Mais le siége de la Banque est à Paris (où était aussi le siége de l'administration des Canaux); c'est à Paris qu'est la situation de l'immeuble fictif : la raison seule indique donc que c'est là qu'il convient d'appeler les tiers qui peuvent avoir intérêt à connaître si les actions immobilisées sont libres ou grevées d'hypothèque, plutôt qu'au bureau du domicile du propriétaire, lequel domicile peut varier ou n'être pas connu des créanciers (1). D'ailleurs, à défaut d'indication dans les décrets qui ont permis l'immobilisation, nous en trouvons une très-précise, quant aux actions de la Banque de France, dans la loi du 17 mai 1834, dont l'art. 5 exige des propriétaires d'actions immobilisées qui veulent rendre à ces actions leur qualité première d'effets mobiliers, que leur déclaration à cet égard *soit transcrite au bureau des hypothèques de Paris* (voy. *suprà,* no 403). Il s'induit au moins de là que, dans la pensée du législateur, c'est à ce même bureau que doivent être inscrites les charges hypothécaires qui viennent atteindre les actions tant qu'elles restent immobilisées.

868 *bis*. Notons encore l'exception faite par la loi du 10 décembre 1874 qui a confié à une classe spéciale de conservateurs, les receveurs de douanes, le service de la publicité hypothécaire en matière maritime. On a longuement débattu, lors de la discussion de la loi, la question de savoir à quels fonctionnaires il convenait d'attribuer ce service. M. Sebert notamment, déterminé par l'importance et les difficultés de la tâche, aurait voulu ne pas sortir, à cet égard, des termes du droit

---

(1) Voy. MM. Delvincourt (t. III, p. 331, note 1); Zachariæ (t. II, p. 146, note 2).

commun. Et il avait proposé, lors de la troisième délibération, une disposition ainsi conçue : « L'hypothèque est rendue publique par l'inscription opérée dans les termes de l'art. 2146 du Code civil au bureau des hypothèques du lieu où le navire est en construction, ou de celui où il est immatriculé. » Mais la proposition fut rejetée à la suite d'une longue discussion et par des considérations qui étaient résumées par avance dans le rapport de la Commission. Les receveurs des douanes, avait dit le rapporteur, sont dès à présent les conservateurs de la propriété maritime, puisqu'en vertu de la loi de vendémiaire an 2, ils sont chargés de tenir registre des ventes de navires. Pourquoi ne seraient-ils pas chargés également de la tenue des registres hypothécaires? On a dit que la mission serait mieux remplie si on la confiait soit aux conservateurs des hypothèques, soit à d'autres fonctionnaires possédant les connaissances de droit qui font le plus souvent défaut aux employés des douanes. Mais le rôle des agents du service de l'hypothèque maritime sera d'une assez grande simplicité, du moment qu'on n'admet d'autre hypothèque que l'hypothèque conventionnelle, et grâce à la facilité de désignation de l'objet hypothéqué, à la courte durée de l'inscription, à l'exclusion des hypothèques légale et judiciaire, le service des hypothèques maritimes sera bien loin d'offrir la même complication que celui des hypothèques ordinaires. Les receveurs des douanes n'y rencontreront guère plus de difficultés qu'il n'en résulte du service des transcriptions dont ils sont chargés depuis soixante-dix ans, sans que leur insuffisance ait jamais été signalée. On doit comprendre, du reste, combien il est désirable que le registre des hypothèques soit toujours à portée du navire, dans son port d'immatricule, et de quel avantage il est de le placer dans les mains des fonctionnaires déjà chargés du survice des mutations de propriété. Toute autre combinaison obligerait à s'adresser à deux bureaux pour chaque contrat hypothécaire : au bureau de la douane, afin de vérifier l'état de la propriété du navire; à celui de la conservation des hypothèques, pour l'inscription. Ces idées ont prévalu, et l'art. 6 de la loi dispose en conséquence « que l'hypothèque est rendue publique par l'inscription sur un registre spécial tenu par le receveur des douanes du lieu où le navire est en construction, ou de celui où il est immatriculé. — Si le navire a déjà un acte de francisation, l'inscription doit être mentionnée au dos dudit acte par le receveur des douanes. — Dans tous les cas, l'inscription est, en outre, certifiée par lui immédiatement et sous la même date sur le contrat d'hypothèque ou sur son expédition authentique dont la représentation lui aura été faite. »

D'ailleurs, la loi ne s'en est pas tenue à cette disposition de l'art. 6. Elle a adapté aux diverses circonstances dans lesquelles l'hypothèque maritime peut être consentie les formes de la publicité. L'art. 6 règle le cas ordinaire de la constitution d'une hypothèque sur un navire mis à la mer et francisé. Mais l'hypothèque peut, aux termes de l'art. 7, être constituée sur un navire en construction, et, d'après l'art. 26, le propriétaire peut hypothéquer son navire en cours de voyage. Comment

la publicité est-elle organisée dans ces deux cas ? Nous nous sommes expliqué à cet égard, quant au premier cas, dans notre commentaire des art. 2130 et 2131 (*suprà,* nº 701 *bis,* C.), et relativement au second, dans le commentaire de l'art. 2124 (*suprà,* nº 635 *bis,* D). Quant à la responsabilité du receveur des douanes à raison des fautes ou des irrégularités commises dans l'exercice de leurs nouvelles fonctions, voy. *infrà,* nº 1443, à la note.

Passons au second objet de l'art. 2146 du Code civil.

III. — 869. La loi consacre ici deux exceptions notables aux règles ordinaires sur les limites de temps et les circonstances dans lesquelles les hypothèques et les priviléges peuvent être inscrits. Sur ce point se sont élevées, en pratique et en théorie, des difficultés sérieuses que les dispositions du Code de commerce et celles de la loi nouvelle sur la transcription ont successivement compliquées. Rappelons les principes avant d'aborder l'examen de ces difficultés.

870. En règle générale, l'inscription peut être requise immédiatement après l'acquisition du privilége ou de l'hypothèque et tant que les biens restent dans le patrimoine du débiteur. Toutefois, la règle n'est pas absolue; la loi elle-même y déroge en quelques cas particuliers.

Ainsi, d'une part, quant aux priviléges dont la conservation est subordonnée à la condition de la publicité, rappelons que s'il n'y a pas de délai en ce qui concerne celui des ouvriers (art. 2110 ; voy. nº 278) et celui du vendeur, lequel est notifié aux tiers en même temps que l'acte translatif (art. 2108; voy. nº 256, et *infrà,* nº 904), il n'en est pas ainsi, 1º à l'égard du privilége des cohéritiers et copartageants, qui peut être utilement inscrit *dans les soixante jours* à dater de l'acte de partage ou de l'adjudication par licitation (art. 2109; voy. nº 293); 2º à l'égard du droit de préférence (qualifié *privilége* par l'art. 2111) qu'ont les créanciers ou légataires d'une succession lorsqu'ils demandent la séparation des patrimoines, lequel droit est conservé par des inscriptions prises sur chacun des biens *dans les six mois* de l'ouverture de la succession (art. 2111; voy. nº 297); 3º enfin, à l'égard de quelques-uns des priviléges accordés au Trésor public, lesquels n'ont lieu qu'à la charge d'une inscription à prendre *dans un délai de deux mois* (loi du 5 septembre 1807; voy. nº 303). Et quant aux hypothèques, rappelons que si le droit peut être constaté et rendu public immédiatement après son acquisition, et cela même quand il s'agit d'hypothèques générales devant s'étendre à des biens dont le débiteur n'a pas encore acquis la propriété, il y a pourtant deux exceptions, l'une relative à l'hypothèque judiciaire dans le cas où cette hypothèque doit résulter d'un jugement de reconnaissance de signature rendu sur une demande formée avant l'échéance ou l'exigibilité de l'obligation (loi du 3 septembre 1807; voy. nº 597), l'autre relative à l'hypothèque conventionnelle, dans le cas où le débiteur consent, à raison de l'insuffisance de ses biens présents, que chacun des biens qu'il acquerra par la suite demeure affecté à mesure des acquisitions (art. 2130; voy. nº 685).

D'un autre côté, si le droit de prendre inscription ne subsiste en gé-

néral qu'autant que les biens grevés restent dans le patrimoine du débiteur, il faut se rappeler que dans l'état actuel de la législation, quand la propriété est purgée, à l'égard des créanciers privilégiés ou hypothécaires, par le seul effet de la transcription qui seule investit l'acquéreur vis-à-vis des tiers, elle ne l'est pas nécessairement à l'égard du vendeur ou du copartageant, et que même après la transcription, leur privilége peut se produire encore, pourvu que quarante-cinq jours ne se soient pas écoulés depuis qu'il a pris naissance (loi du 23 mars 1755, art. 6). C'est ce que nous avons indiqué sommairement plus haut (voy. n[os] 309 et suiv.), sauf à y revenir avec plus de détails quand nous nous occuperons du droit de suite (voy. au commentaire de l'art. 2166, *infrà*, n° 1124).

Mais ces dérogations n'infirment pas la règle. En thèse générale, l'inscription peut être prise immédiatement après l'acquisition du privilége ou de l'hypothèque et tant que les biens qu'elle doit affecter restent dans le patrimoine du débiteur. La loi, s'en rapportant à la vigilance des parties et comptant sur l'intérêt qu'a tout créancier à remplir sans retard la formalité qui doit donner son rang et sa date au droit réel acquis sur un immeuble, ne fixe pas de délai; et l'inscription, *en général,* vient utilement et assure la créance en tant que les hypothèques ou priviléges inscrits antérieurement n'absorbent pas le gage, pourvu qu'elle vienne avant que les biens grevés sortent du domaine du débiteur.

En général, disons-nous : ceci nous ramène au texte de notre article, ou plutôt aux situations exceptionnelles qu'il prévoit, pour déclarer que, dans ces situations, les inscriptions, quoique faites dans l'intervalle indiqué, resteront sans efficacité (1). L'article signale deux exceptions distinctes : l'une relative au cas où le débiteur est en état de faillite; l'autre relative au cas où le débiteur venant à décéder, sa succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire. Il faut voir comment ces deux exceptions doivent être entendues et appliquées.

IV. — 871. La première a eu pour cause et pour objet l'intérêt du commerce : l'art. 2146 se borne donc à l'indiquer, et il se réfère aux dispositions du Code de commerce, dans lequel nous allons, en effet, trouver l'exception reproduite, d'abord avec exagération en 1807, et ensuite avec plus de mesure et d'équité en 1838.

Notons, avant tout, que l'exception n'est pas nouvelle dans la législation; nos codes actuels l'ont empruntée à la législation du passé. Déjà l'édit du mois de mars 1673 (Ordonnance du commerce), au titre des

(1) D'après plusieurs arrêts, la survenance d'une opposition à partage ne saurait être ajoutée aux cas dans lesquels, selon l'art. 2146, des hypothèques conférées par le débiteur et les inscriptions prises contre lui ne produisent plus aucun effet. Ainsi, l'opposition à partage ne fait pas obstacle à ce que l'héritier vende ou hypothèque à des tiers de bonne foi la portion qui lui revient dans les immeubles de la succession. Paris, 15 mars 1860; Bordeaux, 4 déc. 1872 (S.-V., 60, 2, 486; 73, 2, 78; *J. Pal.*, 1860, p. 540; 1873, p. 343). Voy. cependant Req., 18 févr. 1862 (S.-V., 62, 1, 305; *J. Pal.*, 1862, p. 852).

Faillites et Banqueroutes, déclarait nuls tous les transports, cessions, ventes et donations de biens meubles ou immeubles faits en fraude des créanciers, et disposait que lesdits biens seraient rapportés à la masse commune des effets (tit. XI, art. 4). Mais c'est surtout à la déclaration donnée par le roi le 18 novembre 1702 qu'il faut se reporter ; nous y trouvons la même pensée reproduite, développée, et spécialement appliquée aux hypothèques. Citons ici les motifs et le texte de ce document législatif ; aussi bien, en même temps qu'il pose nettement les termes dans lesquels il convient que le législateur intervienne pour régler les intérêts dont il s'agit ici, et les concilier équitablement avec la juste protection due aux transactions civiles, il contient, sur plusieurs points, le principe même de notre droit actuel, et semble avoir inspiré la loi de 1838 dans quelques-unes des modifications par elle apportées aux règles successivement établies par notre article et par le Code de commerce de 1807.

La pensée de la déclaration est de venir en aide au commerce en obviant à des combinaisons contraires à cette bonne foi si essentielle à sa prospérité. « L'application que nous avons continuellement, y est-il dit, à tout ce qui peut être avantageux au commerce de notre royaume aurait donné lieu aux négociants de nous représenter que rien ne peut contribuer plus efficacement à rendre le commerce florissant que la fidélité et la bonne foi, et que, quoique nous ayons fait plusieurs règlements sur ce sujet, et principalement par notre édit du mois de mars 1673, portant règlement pour le commerce des marchands et négociants, tant en gros qu'en détail, il ne laisse pas de se commettre souvent de très-grands abus dans les faillites des marchands par des cessions, transports, obligations et autres actes frauduleux, soit d'intelligence avec quelques-uns de leurs créanciers, ou pour supposer de nouvelles dettes, et par des sentences qu'ils laissent rendre contre eux à la veille de leurs faillites, à l'effet de donner hypothèque et préférence aux uns au préjudice des autres, ce qui cause des procès entre les véritables et anciens créanciers et les nouveaux ou prétendus créanciers hypothécaires sur la validité de leurs titres, et fait perdre, et tout ou partie, aux créanciers légitimes, ce qui leur est dû, ou les oblige à faire des accommodements ruineux... ; que ces difficultés cesseraient, et qu'il y aurait moins de lieu à la fraude, s'il y avait un temps prescrit dans lequel les cessions, transports et tous autres actes qui se feraient par les marchands débitants seraient déclarés nuls, même les sentences qui seraient rendues contre eux. A ces causes, et autres à ce nous mouvant, nous avons par ces présentes dit et déclaré : que toutes cessions et transports sur les biens des marchands qui font faillite seront nuls et de nulle valeur, s'ils ne sont faits dix jours au moins avant la faillite publiquement connue ; comme aussi que les actes et obligations qu'ils passeront par-devant notaires au profit de quelques-uns de leurs créanciers, ou pour contracter de nouvelles dettes, ensemble les sentences qui seront rendues contre eux n'acquerront aucune hypothèque ni préférence sur les créan-

ciers chirographaires, si lesdits actes et obligations ne sont passés, et si lesdites sentences ne sont rendues pareillement dix jours au moins avant la faillite publiquement connue. » (1)

Tels sont les termes de cette sage déclaration. On voit que le problème à résoudre y est nettement posé et la difficulté heureusement vaincue. En définitive, de quoi s'agit-il? Il faut atteindre tous actes à l'aide desquels des créanciers, prévoyant à des signes certains une faillite prochaine, pourraient se ménager un droit de préférence sur les biens de leur débiteur, contrairement à la loi sur les faillites, dont le principe est l'égalité entre les créanciers; surtout il faut empêcher que le débiteur, plus que personne éclairé sur sa situation commerciale, collude avec quelques créanciers, en suppose même d'imaginaires qui viendraient par préférence et prendraient, pour les lui rendre, des biens qui doivent rester dans l'actif comme partie du gage commun que la masse est appelée à se partager. Or, la loi satisfait à cette nécessité lorsqu'en s'attaquant directement aux actes, elle détruit sans réserve tous ceux qui sont intervenus en temps suspect, c'est-à-dire à un moment si rapproché de la faillite que les amis et familiers du marchand devaient en pressentir l'événement, et tient pour non avenus tous droits réels que de tels actes auraient conférés. C'est ce que faisait la déclaration de 1702.

872. Notre législation moderne n'avait pas su d'abord se maintenir dans d'aussi justes limites. Pénétrée, comme la déclaration de 1702, de la nécessité de défendre le commerce contre les abus et les fraudes dont la faillite peut si aisément être l'occasion, elle a établi aussi des moyens de protection; mais elle a commencé par les exagérer. Prenons d'abord la loi de brumaire an 7 et le Code civil, dans lequel cette loi est reproduite, nous les trouvons empreints d'une grande rigueur. L'art. 5 de la loi de brumaire dit que l'*inscription* qui serait faite dans les dix jours avant la faillite, banqueroute ou cessation publique de payements d'un débiteur, *ne confère point hypothèque;* et c'est aussi la pensée de l'article 2146, qui, en se référant aux dispositions du Code de commerce sur le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls, dit également que les *inscriptions prises dans ce délai ne produisent aucun effet*. Or c'est là, nous le répétons, une rigueur excessive; car il n'en est pas de l'*inscription* comme de la *constitution* d'une hypothèque. On peut raisonnablement suspecter de fraude l'acte par lequel un créancier et un débiteur se réunissent quand la faillite est déjà si menaçante que dans quelques jours elle aura éclaté, et conviennent d'affecter tels ou tels immeubles d'un droit hypothécaire par lequel va se trouver amoindri le gage légitime de la masse des créanciers; mais lorsqu'il s'agit de l'inscription uniquement, c'est-à-dire du moyen offert par la loi pour *conserver* une hypothèque légitimement acquise, la suspicion n'est pas également justifiée; et annuler l'inscription, la destituer de son effet ordinaire, par cela seul qu'elle est faite

(1) Voy. le *Recueil des édits et déclarations du roi* (t. III, p. 876).

dans les dix jours avant l'ouverture de la faillite, c'était, il faut le dire, pousser bien loin la protection due à la masse des créanciers !

Et toutefois, cela même n'avait pas paru suffisant. Nous avons dit plus haut, et à diverses reprises (voy. nos 433 et 531), quelles furent les tendances du législateur en 1807, quand fut rédigé le Code de commerce, et comment des désordres alors récents et le scandale de banqueroutes longuement et habilement préparées poussèrent la loi à des rigueurs exagérées. Ces tendances se retrouvent ici et dans l'art. 443 du Code de commerce tel qu'il avait été rédigé en 1807. Le législateur y exprimait d'une manière absolue, que nul *ne pourrait acquérir privilége ni hypothèque* sur les biens du failli dans les dix jours précédant l'ouverture de la faillite; et de cette disposition, combinée avec celle de notre art. 2146, il résultait que la prohibition était étendue, sans distinction aucune, à toutes les causes de préférence, non-seulement à celles que peut créer le consentement du débiteur, mais encore à celles que la loi elle-même institue en les rattachant à la nature de la créance, et qu'elle portait sur tous les éléments constitutifs du droit de préférence, c'est-à-dire sur l'inscription qui en assure l'exercice, non moins que sur la constitution de la créance à laquelle il est attaché. La loi, en sacrifiant ainsi tous les intérêts à l'intérêt des créanciers chirographaires de la faillite, faisait violence à la raison, qui veut qu'au moins dans ce qu'ils ont de sérieux et de respectable, les droits des créanciers privilégiés et hypothécaires soient aussi protégés. Le législateur ne pouvait manquer de rentrer tôt ou tard dans la juste mesure; et tout y a été ramené enfin par les dispositions de la loi du 28 mai 1838, qui a pris la place du titre des faillites tel qu'il avait été donné par le Code de 1807.

Ce sont ces dispositions qu'il faut combiner aujourd'hui avec notre art. 2146. Car nous ne croyons pas qu'elles aient eu pour effet, comme on l'a dit quelquefois (1), d'abroger complétement ce dernier article; nous dirons, pour parler avec plus d'exactitude, qu'elles en ont seulement amoindri la portée. Précisons cela, et, avant de suivre la loi et de l'analyser dans les détails qu'elle comporte, cherchons à en indiquer l'économie et à fixer les points auxquels elle est maintenant arrêtée.

873. De même que notre article, le Code de commerce modifié en 1838 a eu pour base le principe d'égalité sur lequel repose la législation en matière de faillite.

Seulement, au lieu de tout trancher par une disposition dirimante qui blesse la justice précisément par ce qu'elle a de trop absolu, il s'enquiert successivement des *actes* accomplis entre le créancier et le débiteur failli et des *inscriptions* prises par le créancier pour conserver les droits réels résultant de ces actes; puis il précise les circonstances dans lesquelles il y a lieu d'annuler soit les actes, soit les inscriptions. C'est ce qu'établissent les art. 446 et 448, qui disposent en ces termes, savoir : le premier, « Sont nuls et sans effet, *relativement à la masse,* lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée

(1) Voy. M. Esnault (*Des Faillites*, t. I, n° 190).

par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses payements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque..., toute hypothèque *conventionnelle ou judiciaire,* et tous droits d'antichrèse ou de nantissement constitués sur les biens du débiteur *pour dettes antérieurement contractées* »; et le second, « Les droits d'hypothèque et de privilége *valablement acquis* pourront être inscrits *jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite.* — Néanmoins, les inscriptions prises après l'époque de la cessation de payements, ou dans les dix jours qui précèdent, *pourront être déclarées nulles,* s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilége et celle de l'inscription. — Ce délai sera augmenté d'un jour à raison de cinq myriamètres de distance entre le lieu où le droit d'hypothèque aura été acquis et le lieu où l'inscription sera prise. »

874. Ainsi se trouvent modifiées les dispositions combinées de l'article 2146 et du Code de commerce de 1807. Il est permis de dire que, dans ces termes, la loi fait une équitable conciliation des intérêts de la masse chirographaire de la faillite et de ceux des créanciers hypothécaires ou privilégiés du failli. Mais il faut, pour que l'équilibre ne soit pas rompu, que la volonté du législateur soit respectée et que l'application n'y ajoute et n'en retranche rien. Voyons donc quelle est cette volonté, et, pour cela, circonscrivons la théorie de la loi au triple point de vue de la situation du débiteur, du droit réel conféré ou inscrit, et des biens sur lesquels l'inscription peut être requise.

V. — 875. Le cas de faillite du débiteur est l'hypothèse de la loi. Mais, d'après le texte, les inscriptions ne produisent aucun effet si elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits *avant l'ouverture des faillites* sont déclarés nuls. Or on s'est demandé quel est le moment que l'on peut regarder comme étant celui où une faillite est ouverte. La question était virtuellement résolue par la déclaration du 18 novembre 1702 (voy. n° 871). En exprimant qu'aucuns actes ni sentences ne pourraient acquérir hypothèque ni préférence sur les créanciers chirographaires s'ils n'étaient faits ou rendus dix jours au moins avant la faillite *publiquement connue,* la déclaration donnait nettement à entendre que l'ouverture de la faillite se plaçait à la cessation de payements, qui est le fait patent par lequel l'état de gêne ou la déconfiture du débiteur arrive à la connaissance de tous. Mais le Code civil dans l'art. 2146, et le Code de commerce de 1807 dans l'art. 443, avaient été beaucoup moins précis; l'un et l'autre s'en étaient tenus à indiquer l'*ouverture de la faillite* comme le point servant de limite au délai pendant lequel aucune hypothèque ne pouvait être valablement acquise ni aucune inscription utilement faite sur les biens du commerçant failli. De là une grave controverse et une dissidence entre les tribunaux, les uns décidant que la faillite n'est censée ouverte, dans le sens des articles précités, que par le jugement qui la déclare, et à la date de ce jugement (1), les autres jugeant qu'elle est ouverte réellement dès le jour

(1) Voy. Paris, 13 avr. 1831 (Dall., 31, 2, 158 et 159) Voy. aussi Req., 28 mai 1833 (S.-V., 33, 1, 656).

auquel le jugement déclaratif la fait remonter, c'est-à-dire dès le jour de la cessation de payements (1). On peut voir, par la dissertation développée de M. Troplong (2), combien de difficultés soulevait cette question, fort importante en effet, pour les créanciers qui avaient traité de bonne foi avec un commerçant tombé ultérieurement en état de faillite. Mais toute controverse s'arrête aujourd'hui devant le texte de la loi modificative de 1838, laquelle ayant déclaré nulles les hypothèques conventionnelles ou judiciaires constituées depuis l'époque déterminée par le tribunal de commerce *comme étant celle de la cessation de payements* ou dans les dix jours précédant cette époque (C. de comm., art. 446), a tranché la question dans le sens où elle avait été virtuellement résolue par la déclaration de 1702.

876. Quoi qu'il en soit, l'état de faillite est l'hypothèse de la loi. Dès lors les dispositions n'en seront pas appliquées dans le cas de déconfiture. Nous avons montré plus haut (voy. n° 622) que les dispositions de la loi qui établissent l'incapacité du failli à l'effet de conférer hypothèque ne doivent pas être étendues au débiteur non commerçant en état de déconfiture. Appliquant ici cette doctrine, nous disons que, même après la cessation publique de payements d'un débiteur non commerçant, une inscription hypothécaire pourrait être prise utilement sur les biens de ce débiteur, parce que la faillite et la déconfiture ne produisent les mêmes effets que sur les points où la loi s'en est formellement expliquée, dans des dispositions communes aux deux cas (C. civ., art. 1446, 1613, 1923, 2032), et qu'ici la faillite est seule indiquée dans nos articles. La Cour de Bruxelles s'est prononcée cependant en sens contraire; mais son arrêt est sans écho dans la jurisprudence, et les auteurs sont unanimes pour en rejeter la solution (3).

877. Ce que nous disons du cas de déconfiture, il faut le dire également du cas de cession de biens. Nous avons pourtant expliqué plus haut que le débiteur non négociant qui a fait cession de biens ne peut constituer hypothèque sur les immeubles abandonnés, à partir du moment où la cession a été volontairement acceptée ou admise judiciairement (voy. n° 621). Nous maintenons cette solution. Mais ce n'est pas de cela qu'il s'agit ici. Nous parlons, en effet, non plus d'une constitution d'hypothèque à faire par le débiteur *après qu'il est dessaisi de ses biens,* mais d'une hypothèque existant déjà avant la cession, et à laquelle le créancier veut donner son effet juridique et conférer la puissance d'un droit actif au moyen de l'inscription. Or l'événement de la cession n'y saurait faire obstacle, parce que le texte de la loi prohi-

---

(1) Voy. Bordeaux, 6 mars 1829; Rej., 8 août 1831; Lyon, 9 juill. 1833; Bordeaux, 26 mars 1834; Paris, 26 févr. 1835 (Dall., 30, 2, 167; 34, 2, 186; 35, 2, 105; S.-V., 31, 1, 356; 34, 1, 113; 35, 2, 245; *J. Pal.*, à leur date).

(2) Voy. M. Troplong (*Priv. et Hyp.*, n° 656). — *Junge :* MM. Pardessus (t. IV, p. 237); Renouard (*Des Faill.*, t. I, p. 371); Massé (*Droit comm.*, t. III, n°s 267, 268 et 275; 2e édit., n°s 762, 763 et 771).

(3) Voy. Bruxelles, 17 févr. 1810. Mais voy. Toulouse, 20 avr. 1811; Paris, 18 août 1811; Nancy, 5 déc. 1811; Rennes, 24 mars 1812; Req., 11 févr. 1813; Paris, 9 juin 1814. — Voy. aussi MM. Grenier (t. I, n° 123); Persil (art. 2146, n° 11); Duranton (t. XX, n° 80); Zachariæ (t. II, p. 162, note 12); Troplong (n° 661); Martou (n° 1046)

bitive parle de la faillite seulement, et que les dispositions prohibitives, essentiellement de droit étroit, ne doivent pas être étendues d'un cas à un autre (1).

VI. — 878. Voyons maintenant à quels droits s'appliquent les prohibitions de la loi : la matière en ceci est plus compliquée et plus difficile. Il résulte de nos précédentes observations (*suprà*, n° 873), qu'il faut distinguer entre les acquisitions d'hypothèques et les réquisitions d'inscriptions, c'est-à-dire entre les deux points distinctement réglés par les art. 446 et 448 du Code de commerce.

879. Ce n'est pas à l'occasion des acquisitions d'hypothèques que se produisent les difficultés réelles du sujet. Il n'y a guère ici qu'à indiquer des inductions se déduisant en quelque sorte d'elles-même d'une disposition très-significative non-seulement par ce qu'elle exprime dans sa formule, mais encore par ce qui n'y est pas exprimé. C'est, comme nous l'avons dit, la disposition de l'art. 446 qui prononce la nullité des hypothèques *conventionnelles* ou *judiciaires* acquises en temps suspect sur les biens du débiteur *pour dettes antérieurement contractées*. Tel est le texte; voyons les inductions.

880. Notons, avant tout, que la nullité prononcée par la loi n'est pas absolue; l'art. 446 dit seulement que l'hypothèque concédée dans les conditions déterminées est nulle et sans effet *relativement à la masse*. La loi ne peut et ne veut pas aller plus loin ; c'est la masse qu'elle entend protéger contre des actes consentis par le failli dans l'intérêt individuel de quelques créanciers, et qui introduiraient l'inégalité là où la condition étant la même pour tous, l'égalité doit être entière et parfaite. C'est donc relativement à la masse seulement que la constitution d'hypothèque faite par le failli en temps suspect devra être annulée; et dès lors elle continuera de subsister et d'avoir son effet entre les parties elles-mêmes. Ainsi a décidé la jurisprudence dans tous les cas où le failli, remis à la tête de ses affaires après le concordat ou le règlement de sa faillite, a tenté de se prévaloir de la nullité de l'hypothèque par lui librement consentie auparavant (2). — Maintenant, dans quelle mesure la nullité est-elle établie relativement à la masse?

881. Et d'abord, la loi parle des hypothèques pour dettes contractées antérieurement aux dix jours précédant la cessation des payements. De là deux conséquences.

D'une part, il ne s'agit ici que d'hypothèques consenties pour garantir

---

(1) Voy. MM. Persil (art. 2146, n° 10); Zachariæ (*loc. cit.*); Baudot (n° 206 *ter*); Troplong (n° 662); Martou (n° 1047). Voy. cependant MM. Tarrible (*Rép. de Merlin*, v° Inscript. hyp., § 4, n° 6); Grenier (t. I, n° 124); Dalloz (*Rép.*, v° Priv. et Hyp., p. 236, n° 11).

(2) Voy. Paris, 24 déc. 1843; Orléans, 16 juin 1852; Paris, 23 juill. 1857; Req., 15 juill. 1857; Douai, 17 févr. 1859; Req., 10 févr. 1363 (S.-V., 53, 2, 661 et 663; 58, 1, 705; 59, 2, 294; 63, 1, 262; *J. Pal.*, 1859, p. 124; 1863, p. 589; Dall., 59, 2, 63; 63, 1, 301). *Junge :* Dijon, 8 févr. 1865, et Req., 2 août 1866 (S.-V., 65, 2, 32; 66, 1, 388; *J. Pal.*, 1865, p. 215; 1866, p. 1059; Dall., 67, 1, 37). — *Conf.* MM. Lainné (*Des Faill.*, p. 66); Esnault (*ibid.*, t. I, n° 196); Geoffroy (*ibid.*, p. 41); Goujet et Merger (v° Faillite, n° 184). — *Comp.* Rouen, 7 avr. 1856 (S.-V., 57, 2, 41; Dall., 59, 1, 482).

le remboursement d'un prêt effectué *en argent*. Cette première induction, justifiée par l'expression même de la loi qui parle de *dettes contractées antérieurement*, est d'ailleurs établie par la discussion dont l'art. 446 a été précédé (1). Nous aurons à revenir sur ce point, par lequel se résolvent quelques questions particulières; quant à présent, il suffit de le constater.

882. D'une autre part, l'annulation, textuellement limitée aux hypothèques pour *dettes antérieurement contractées*, ne doit pas être étendue aux hypothèques stipulées depuis la cessation de payements ou dans les dix jours qui auraient précédé, si elles ont pour objet la sûreté de sommes versées par le prêteur en même temps que les hypothèques sont acquises. Cette induction, autorisée par la lettre de la loi, est pleinement justifiée d'ailleurs par la nature même des choses. On aperçoit aisément, en effet, la différence profonde qui existe entre la constitution d'hypothèque faite en temps suspect pour dette *antérieurement* contractée, et la constitution d'hypothèque consentie, dans le même temps, pour une dette que le négociant contracte *actuellement* : l'acte, dans ce dernier cas, ne saurait être l'objet de la défiance qu'il peut faire concevoir dans le premier.

883. A plus forte raison en serait-il ainsi si l'hypothèque était donnée pour sûreté d'une somme promise, c'est-à-dire non pas même pour une dette existant actuellement, mais pour une dette à venir. Ceci touche aux ouvertures de crédit, dont nous nous sommes occupé avec détail dans notre commentaire de l'art. 2132 (voy. n°s 711 et suiv.). Du reste, le principe même de notre solution n'est pas contestable, et il n'a pas été contesté. Un point de détail seulement a fait difficulté; c'est celui de savoir si l'hypothèque accessoirement attachée à une ouverture de crédit est atteinte par la faillite du crédité, au moins pour la portion de crédit dont il aurait disposé depuis la cessation de ses payements ou dans les dix jours qui auraient précédé. M. Troplong (2) se prononce pour l'affirmative; et cela découle tout naturellement de cette théorie, admise par l'éminent jurisconsulte, que l'hypothèque constituée pour sûreté d'un crédit ouvert ne prend son existence qu'au fur et à mesure des versements effectués. Pour nous qui, d'accord avec la jurisprudence dominante, estimons au contraire que l'hypothèque remonte, pour les diverses sommes prélevées par le crédité, à une même date, qui est celle de l'inscription prise en vertu de l'acte de constitution (*suprà*, n° 719), nous tenons que l'hypothèque n'est pas atteinte par la faillite du crédité, alors même que les fonds n'ont été livrés en partie que depuis la cessation de payements, dont l'époque aurait été fixée ultérieurement, ou dans les dix jours qui auraient précédé cette époque. Un arrêt spécial de la Cour de cassation confirme notre solution sur ce point (3).

---

(1) Voy. cette discussion dans le *Traité des Faillites* de M. Renouard (t. I, p. 367 et suiv.).
(2) Voy. M. Troplong (n° 556 *bis*).
(3) Voy. Req., 8 mars 1853 (*J. Pal.*, 1853, t. I, p. 364; S.-V., 55, 2, 214; Dall., 54,

884. En second lieu, l'art. 446, en déclarant nulles les hypothèques constituées en temps suspect pour dettes antérieurement contractées, parle des hypothèques *conventionnelles* ou *judiciaires*. Plus absolu dans sa rédaction, l'art. 443 du Code de commerce de 1807 avait dit que nul ne peut acquérir *privilége* ni *hypothèque* sur les biens du failli, dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite. Ce rapprochement fournit aussi ses inductions.

885. D'abord, l'annulation prononcée par la loi commerciale telle qu'elle est conçue aujourd'hui n'atteint pas les *priviléges*. Littéralement inscrits dans le texte de 1807, les priviléges ne figurent plus dans celui de 1838 ; cela seul suffirait à justifier l'induction. Mais nous avons de plus la raison même des choses. Dès que la prohibition de la loi a pour objet d'atteindre l'acquisition de droits réels stipulés pour sûreté *de sommes prêtées* (*suprà*, n° 881), il est évident qu'il fallait laisser de côté les priviléges, dont aucun ne naît d'une pareille cause, et qui tous tiennent à la nature même de la créance, sans emprunter rien à la convention ni à la volonté des parties (1).

886. Ensuite, l'annulation prononcée par l'art. 446 n'atteint pas non plus les hypothèques *légales;* ceci a pu être mis en doute sous l'empire du Code de commerce de 1807, qui, en prohibant l'acquisition d'*hypothèques,* ne précisait pas autrement. Mais il n'y a point à contester devant le texte de la loi modifiée, laquelle mentionne les hypothèques *conventionnelles* et *judiciaires* seulement, et, par cela même, laisse à l'écart les hypothèques *légales*.

Du reste, cette induction nous est déjà connue, au moins en ce qui concerne l'hypothèque légale des femmes mariées, des mineurs et des interdits. Nous avons démontré plus haut, contre quelques opinions dissidentes, que cette hypothèque est liée au fait même du mariage ou de la tutelle, sans qu'il y ait à tenir compte des circonstances dans lesquelles le mariage a été célébré ou la tutelle ouverte; qu'ainsi le mineur ou l'interdit qui entre en tutelle acquiert son hypothèque encore que la tutelle se soit ouverte dans les dix jours précédant la faillite du tuteur (*suprà,* n° 489); et qu'il n'en est pas autrement de la femme (2), alors même que le mariage se place à l'époque déterminée par le tribunal de commerce comme étant celle de la cessation de payements par le mari ou dans les dix jours qui ont précédé cette époque (*suprà,* n° 431), sauf, quant à la femme, les très-notables restrictions que la faillite du mari fait subir à son hypothèque légale sous le double rapport des créances dont cette hypothèque assure le recouvrement (*suprà,* n°s 444 et suiv.) et de l'étendue du gage hypo-

---

1, 341). L'hypothèque consentie pour sûreté d'une ouverture de crédit antérieure à la faillite du crédité garantit les avances faites, en vertu de cette ouverture de crédit, au failli concordataire, postérieurement à l'homologation de son concordat. Rej., 14 nov. 1859 (*J. Pal.*, 1860, p. 368; S.-V., 60, 1, 803; Dall., 60, 1, 221).

(1) Voy. le Rapport de M. Renouard (*Des Faill.*, t. I, n° 365); Douai, 29 nov. 1843 (S.-V., 44, 2, 145).

(2) Voy. Colmar, 20 nov. 1855 (*J. Pal.*, 1858, p. 199.)

thécaire (voy. *suprà*, nos 531 et suiv.). Nous n'avons pas à revenir là-dessus.

Mais il faut ajouter qu'il en est de l'hypothèque de l'État, des communes et des établissements publics, du moins quant à l'*acquisition* dont nous nous occupons ici, comme de celle des femmes mariées, des mineurs et des interdits : c'est encore une hypothèque *légale*, moins favorisée sans doute que celle de la femme, du mineur ou de l'interdit, puisqu'elle est sujette à inscription; mais c'est une hypothèque légale : elle reste donc également à l'abri de l'annulation prononcée par l'art. 446 du Code de commerce. La raison de décider, comme pour les priviléges dont nous parlons au numméro précédent, est d'abord dans le texte, qui ne mentionne pas plus cette hypothèque légale qu'il ne mentionne les priviléges, et ensuite dans la raison de droit public qui a créé cette hypothèque pour garantir la créance de l'État et des communes (*suprà*, n° 423), et qui par conséquent ne doit pas tomber sous la prohibition prononcée contre l'acquisition d'hypothèques ayant pour objet la sûreté de *sommes prêtées* (*suprà*, n° 881).

VII. — 887. Passons maintenant au cas réglé par l'art. 448 du Code de commerce. Nous savons qu'il y a là une disposition complexe contenant à la fois une règle générale et une exception : une règle générale fixant au jour du jugement déclaratif de la faillite la dernière limite pour l'inscription qui doit conserver les droits d'hypothèque et de privilége valablement acquis sur les biens du failli; une exception qui, néanmoins, permet aux juges d'annuler l'inscription de ces droits valablement acquis, lorsque, ayant été prise après l'époque de la cessation de payements ou dans les dix jours qui précèdent, elle est séparée de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilége par un intervalle de plus de quinze jours, sauf l'augmentation de ce délai à raison des distances.

888. En ce qui concerne l'exception, nous avons seulement à indiquer que les tribunaux sont investis d'un pouvoir discrétionnaire. C'est par une erreur évidente que, peut-être pour étendre encore la portée de la loi, la Cour de Rouen s'était crue d'abord liée par le texte au point de décider que les juges ne peuvent prononcer la nullité des inscriptions qu'autant que le créancier, par sa tardivité, a causé un préjudice à la masse, en ménageant au débiteur un crédit apparent qui a pu tromper les tiers sur sa véritable situation (1). La vérité est (et la Cour de Rouen l'a reconnu plus tard elle-même) que, dans le point particulier dont il s'agit ici, la loi donne aux tribunaux un pouvoir souverain d'appréciation. Sans doute, ils devront annuler l'inscription lorsqu'il apparaîtra que c'est par une connivence du créancier avec le débiteur failli qu'elle a été prise plus de quinze jours après la date du titre constitutif de l'hypothèque; mais rien ne les oblige à tenir la bonne

(1) Voy. Rouen, 8 mai 1851 (Dall., 53, 2, 55; S.-V., 52, 2, 185; *J. Pal.*, 1853, t. II, p. 55). — Voy. aussi MM. Esnault (t. I, n° 215); Massé (*Droit comm*. 2e édit., t. II, n° 1220, *in fine*).

foi comme suffisante pour mettre le créancier à couvert ; ils peuvent très-bien se déterminer par des considérations de fait étrangères à la bonne ou à la mauvaise foi, et annuler ou valider l'inscription prise plus de quinze jours après la date du titre constitutif, suivant que le retard mis par le créancier à s'inscrire implique négligence de sa part, ou qu'au contraire il provient d'un empêchement sérieux (1).

889. La difficulté du sujet porte sur la règle générale écrite en tête de l'art. 448. Il y a cependant, même à cet égard, quelques points sur lesquels aucune discussion ne peut s'élever.

Ainsi, s'il n'est permis d'inscrire que jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite les droits d'hypothèque ou de privilége valablement acquis, cela s'applique particulièrement aux créances *principales* constituant un droit nouveau. Un jugement du tribunal de Marseille a décidé cependant que la disposition doit être appliquée même à l'inscription prise par un créancier pour les intérêts de sa créance, non conservés par l'inscription première, sous prétexte que l'art. 448 du Code de commerce établit une règle générale à laquelle aucune limitation ni restriction ne peut être posée ; et que si le créancier peut, aux termes de l'art. 2151 du Code civil, prendre de nouvelles inscriptions pour les intérêts à mesure de leur échéance, cette faculté est subordonnée à la condition d'être exercée en temps utile, et, par conséquent, dans le cas particulier, avant le jour du jugement déclaratif de la faillite. Mais ce jugement a été justement infirmé par la Cour d'Aix, dont l'arrêt a été vainement déféré à la censure de la Cour de cassation. La Cour d'Aix, et après elle la Cour de cassation, ont dit, avec une exactitude parfaite, que l'art. 2151 du Code civil consacre, en faveur du créancier inscrit, un droit auquel la faillite du débiteur, survenue depuis la première inscription, ne porte aucune atteinte. C'est de toute évidence devant l'art. 445 du Code de commerce, d'après lequel les intérêts d'une créance garantie par une hypothèque, qui continuent à courir, même à l'égard de la masse, postérieurement au jugement déclaratif de la faillite, ne peuvent être réclamés que sur les sommes provenant des biens affectés à l'hypothèque. Il suit invinciblement de là, comme l'exprime la Cour de cassation, que, dans la pensée de la loi, les intérêts courus depuis la déclaration de la faillite peuvent être conservés par une inscription particulière, conformément à l'art. 2151 du Code civil, auquel il n'est nullement dérogé en matière de faillite (2).

890. Ainsi encore, il s'agit ici de la conservation, *au moyen d'une inscription,* des droits réels valablement acquis contre le débiteur failli.

---

(1) Voy. Req., 17 avr. 1849; Bourges, 9 août 1848; Rouen, 16 mai 1857 (Dall., 49, 1, 150; 48, 2, 153; 58, 2, 11). — *Junge :* Cass., 20 janv. 1857 (S.-V., 57, 1, 330); Colmar, 15 janv. 1862, et sur le pourvoi, Req., 2 mars 1863 (*J. Pal.*, 1862, p. 19; 1864, p. 51; Dall., 62, 2, 101; 64, 1, 25; S.-V., 62, 2, 122; 63, 1, 425). Voy. aussi MM. Alauzet (t. IV, n° 1703); Bravard (*Man.*, 6e édit., p. 599); Bédarride (t. I, n° 128).

(2) Voy. Aix, 22 juin 1847; Req., 20 févr. 1850 (S.-V., 50, 1, 185; Dall., 50, 1, 102; *J. Pal.*, 1850, t. II, p. 247).

La disposition de la loi ne concerne donc pas les droits réels qui sont conservés indépendamment de toute inscription.

Par suite, on devra dire de l'art. 448 du Code de commerce, comme nous avons dit de l'art. 446, qu'il n'est applicable ni aux priviléges spéciaux de l'art. 2102 du Code civil, lesquels, portant *sur certains meubles,* n'ont pas à être inscrits, ni même aux priviléges généraux de l'art. 2101, qui, bien qu'ils grèvent subsidiairement les immeubles du débiteur, sont formellement dispensés d'inscription (art. 2107).

De même on dira de cet article qu'il est sans application aux hypothèques *légales,* au moins à celles des femmes mariées, des mineurs et des interdits. Ces hypothèques existent aussi, tant que subsiste la cause qui leur a donné naissance et un an au delà, indépendamment de toute inscription (C. civ., art. 2135; loi du 23 mars 1855, art. 5); et il est de toute évidence que l'art. 448 du Code de commerce n'a pas pu avoir pour effet de changer les conditions qui leur ont été faites par la loi civile, et de les faire tomber pour n'avoir pas été inscrites avant le jugement qui déclare la faillile du débiteur, alors que la loi civile les a expressément dispensées d'inscription. Ceci, encore une fois, s'énonce et ne se démontre pas (1).

Seulement, en présence de l'innovation introduite par la loi du 23 mars 1855, d'après laquelle la dispense d'inscription ne subsiste plus que pendant un an après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, il faut se demander si l'hypothèque pourrait encore être inscrite dans le cas où le mari ou le tuteur venant à tomber en faillite *après* l'expiration de l'année, l'inscription n'avait pas été prise avant le jour du jugement déclaratif. La question est controversée, et nous y revenons plus loin (*infrà,* n° 895). Mais sous la réserve de ce point, on peut dire que l'art. 448 du Code de commerce reste étranger à l'hypothèque légale de la femme, du mineur ou de l'interdit.

VIII. — 891. Ces solutions, nous le répétons, ne peuvent pas être contestées. Mais la difficulté se présente quand il s'agit de fixer la mesure dans laquelle la disposition de la loi s'applique aux priviléges et aux hypothèques sujets à inscription. L'art. 448 du Code de commerce dit, à cet égard, que « les droits d'hypothèque et de privilége pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite »; d'où il paraîtrait résulter que le créancier privilégié ou hypothécaire serait toujours à temps, jusqu'au jugement déclaratif de la faillite, de requérir l'inscription qui doit conserver le droit réel valablement acquis contre le failli, et par contre que, d'une manière absolue aussi, toute inscription prise après le jugement déclaratif de la faillite serait tardive et devrait être annulée. Pourtant l'induction serait fautive, sous l'un et l'autre rapport, dans ce qu'elle a d'absolu.

892. D'un côté, depuis la loi du 23 mars 1855 sur la transcription,

(1) Voy. l'arrêt de la Cour de Colmar du 15 janv. 1862, et celui de la chambre des requêtes du 2 mars 1863, cités à l'avant-dernière note. — Voy. aussi MM. Boileux (t. VII, p. 473); Esnault (t. I, n° 223); Costard (*Rev. prat.*, t. IV, p. 198).

il ne serait pas exact de dire que l'inscription sera utilement faite par cela seul qu'elle viendra avant le jugement déclaratif de la faillite du débiteur. Dans les principes de cette loi, la transcription arrête le cours des inscriptions, car l'art. 6 dit qu'à partir de la transcription les créanciers privilégiés ou ayant hypothèque aux termes des art. 2123, 2127 et 2128 du Code civil, ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire. Il faudra donc désormais que, dans l'application, cette disposition se combine et se concilie avec celle de l'art. 448 du Code de commerce. Par exemple, Pierre, négociant, est propriétaire d'une maison sur laquelle vous avez acquis une hypothèque qui n'est pas encore inscrite; il vend cette maison à Joseph, qui fait transcrire son contrat; puis, quelques jours après, survient un jugement par lequel Pierre est déclaré en faillite. Les jours qui se sont écoulés depuis la transcription du contrat de vente par Joseph jusqu'à la date du jugement déclaratif de la faillite de Pierre ne sont pas utiles pour vous, nonobstant la disposition de l'art. 448 du Code de commerce, parce qu'à partir de la transcription vous avez été déchu de la faculté de prendre inscription sur le précédent propriétaire.

893. D'une autre part, si, mettant de côté cette complication de faits, nous supposons que les immeubles sur lesquels des droits réels ont été valablement acquis sont restés aux mains du débiteur failli, il ne sera pas exact non plus de dire d'une manière absolue que toute inscription prise après le jugement déclaratif de la faillite serait nécessairement tardive. Il y a des limitations à faire, soit quant aux priviléges, soit quant aux hypothèques.

894. Quant aux hypothèques d'abord, nous reconnaîtrons que l'article 448 du Code de commerce doit être appliqué dans toute sa rigueur s'il s'agit d'hypothèques *conventionnelles* ou *judiciaires* (1). Ainsi, le cours des inscriptions sera irrévocablement arrêté par le jugement déclaratif de la faillite; et dès lors il faudra que l'inscription soit prise avant le jour où la faillite est déclarée, sans quoi elle sera nécessairement annulée. Ce n'est pas à dire que, même faite avant le jugement déclaratif, l'hypothèque dût être déclarée valable : viendrait alors le deuxième paragraphe de l'art. 448; et le cas échéant où l'inscription, quoique prise avant le jugement déclaratif, se trouverait faite après l'époque fixée comme étant celle de la cessation de payements ou dans les dix jours qui auraient précédé, la nullité en pourrait être prononcée, en vertu du pouvoir discréditionnaire dont nous avons parlé plus haut (voy. n° 888), si la date en était séparée de celle de l'acte constitutif de l'hypothèque par un intervalle de plus de quinze jours, sauf, bien entendu, l'augmentation d'un jour par cinq myriamètres de distance

---

(1) Jugé même que la déclaration de faillite d'une société en nom collectif entraînant de plein droit la faillite personnelle des associés y désignés nominativement, il en résulte que lorsque l'époque à laquelle est reportée la faillite sociale précède la date d'une inscription contre un associé, cette inscription est nulle et de nul effet. Paris, 3 janv. 1866 (S.-V., 66, 2, 48; *J. Pal.*, 1866, p. 218).

entre le lieu où le droit d'hypothèque aurait été acquis et celui où l'inscription serait prise.

895. L'hypothèque *légale* n'est pas toujours dans le même cas; il y a ici des distinctions nécessaires.

S'agit-il de l'hypothèque légale de l'État, des communes, des établissements publics, la situation est la même que s'il s'agissait d'une hypothèque conventionnelle ou judiciaire. Cette hypothèque est en principe sujette à inscription : on peut voir cela notamment dans la loi du 5 septembre 1807, qui, en même temps qu'elle donne au Trésor le privilége dont nous parlons au n° 898, lui confère une hypothèque sur les immeubles du comptable non atteints par le privilége (voy. n°s 505 et 513), et place cette hypothèque, sous le rapport de l'inscription, au même rang que l'hypothèque conventionnelle ou judiciaire (voy. l'art. 6 de la loi). Il n'y a donc pas de raison pour qu'elle ne reçoive pas l'application de l'art. 448 du Code de commerce.

Mais s'agit-il de l'hypothèque légale des femmes mariées, des mineurs, des interdits, il n'en est plus ainsi. Bien entendu, il ne peut être question de l'art. 448 du Code de commerce tant que cette hypothèque demeure dispensée d'inscription; nous venons d'expliquer cela (voy. n° 890). La difficulté ne peut surgir que dans le cas où la faillite du tuteur ou du mari vient à éclater après l'événement, qui, selon la loi du 23 mars 1855, soumet cette hypothèque à la règle commune de la publicité, c'est-à-dire après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle. Et alors il faudra distinguer : ou la faillite se produit pendant l'année laissée à la veuve, au mineur devenu majeur et à l'interdit relevé de l'interdiction, pour rendre leur hypothèque publique; ou elle ne se produit qu'après l'expiration de cette année.

Dans le premier cas, le jugement déclaratif de la faillite ne saurait faire obstacle à l'inscription; et pourvu qu'il reste quelque chose à courir de ce délai d'une année que la loi de 1855 a dû nécessairement accorder pour l'accomplissement de la formalité d'où elle fait dépendre la conservation de l'hypothèque, la veuve, le mineur devenu majeur, et l'interdit relevé de l'interdiction, doivent être admis à s'inscrire. Il est juste, en effet (et c'est assurément la pensée de la loi), que ceux à qui un récent changement vient d'imposer subitement l'obligation de rendre publique une hypothèque qui avait existé jusque-là avec son droit de préférence, indépendamment de toute inscription, ne soient pas privés du bénéfice du délai par cet événement de la faillite qui leur est étranger. En s'inscrivant, à quelque époque que ce soit, pendant le cours du délai, ils conservent donc à leur créance non-seulement le rang hypothécaire qui lui appartient sur les immeubles restant dans la faillite ou sur les prix non distribués, mais encore le droit de suite contre les tiers acquéreurs qui n'auraient pas purgé (voy. *suprà*, n°s 825 et suiv.).

Mais, dans le second cas, c'est-à-dire quand la faillite venant à se produire après l'expiration du délai il se trouve que l'hypothèque légale n'est pas inscrite, l'inscription n'en peut plus être faite utilement : l'ar-

ticle 2146 du Code civil et l'art. 448 du Code de commerce régissent alors la situation, comme s'il s'agissait d'une hypothèque judiciaire ou conventionnelle. C'est là, néanmoins, un point controversé. La Cour de Colmar a jugé, au contraire, par infirmation d'un jugement du Tribunal de Mulhouse, que les textes précités sont inapplicables aux hypothèques légales du mineur et de la femme mariée, *alors même que ces hypothèques, au moment où elles ont été inscrites, étaient devenues sujettes à inscription, aux termes de l'art.* 8 *de la loi du* 23 *mars* 1855, *par l'expiration de plus d'une année, soit depuis la cessation de l'incapacité, soit depuis le jour où ladite loi était devenue exécutoire* (1). Mais la Cour de Paris, statuant, sinon dans le cas de faillite, au moins dans le cas d'acceptation bénéficiaire ou de vacance de la succession, c'est-à-dire en présence d'un fait qui, de même que la faillite, arrête le cours des inscriptions, d'après l'art. 2146 du Code civil, a décidé en sens opposé, par un arrêt auquel nous avons concouru, que la veuve qui n'a pas fait inscrire son hypothèque légale dans l'année de la dissolution du mariage, en conformité de l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855, ne peut plus, si la succession est déclarée bénéficiaire ou vacante, prendre une inscription utile, l'art. 2146 lui étant, en ce cas, opposable comme à tous autres créanciers (2). Nous n'hésitons pas à penser que cette dernière solution est seule admissible dans l'état actuel de la législation.

Il y a ici un rapprochement qui, selon nous, met ce point dans tout son jour. Sous l'empire du Code civil, l'art. 2146 était sans application aux hypothèques légales des femmes et des mineurs. Ce n'était ni contestable ni contesté (*suprà*, n° 890). Mais pourquoi? Précisément et uniquement parce que ces hypothèques avaient une existence complétement indépendante de l'inscription, et que n'étant pas sujettes à être inscrites, elles échappaient par la force même des choses à une disposition dont l'objet unique était de créer, dans un cas donné, un obstacle à la prise de l'inscription. Or l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 a changé du tout au tout, dans le cas et dans les termes qu'il indique, les conditions d'existence de l'hypothèque légale du mineur et des femmes mariées ; il a voulu qu'à l'instant où la femme et le mineur reprennent ou acquièrent, par la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, la capacité d'action dont ils étaient privés, leur hypothèque cesse

---

(1) Voy. l'arrêt de la Cour de Colmar, du 15 janv. 1862, cité aux notes précédentes. La Cour de Rouen a statué dans le même sens par un arrêt du 30 juin 1866, infirmatif d'un jugement du Tribunal civil de Rouen. Mais il a été formé contre cet arrêt un pourvoi qui a été admis par la chambre des requêtes de la Cour de cassation en janvier 1868, et l'arrêt de Rouen a été finalement cassé par arrêt de la chambre civile du 17 août 1868 (S.-V., 68, 1, 377; *J. Pal.*, 1868, p. 1041; Dall., 68, 1, 398), dont la décision a été suivie par la Cour de renvoi. Caen, 27 janv. 1870 (S.-V., 70, 2, 331; *J. Pal.*, 1870, p. 1197). Voy. encore, dans le même sens, MM. Gauthier (*J. Pal.*, 1863, p. 459, à la note); Thiercelin (Dall., 63, 2, 1, à la note).

(2) Voy. Paris, 24 juin 1862 (S.-V., 63, 2, 37; *J. Pal.*, 1863, p. 502; Dall., 63, 2, 1). *Junge :* Rouen, 17 juin 1869; Orléans, 26 août 1869; Lyon, 19 août 1871 (Dall., 69, 2, 185; *J. Pal.*, 1870, p. 466; S.-V., 70, 2, 113; 71, 2, 174; 72, 2, 80); MM. Troplong (*Transcr.*, n° 313); Mourlon (*ibid.*, t. II, n° 878); Verdier (*ibid.*, n° 639); Briguiboul (*Rev. crit.*, t. XXV, p. 150). Voy. aussi nos dissertations sur ce point (*Rev. du not. et de l'enreg.*, n°s 299 et 647).

d'exister par la seule force de la loi, et que désormais cette hypothèque ne puisse plus vivre que par l'effet de l'inscription qui doit la rendre publique. Donc, le raisonnement sur l'autorité duquel on écartait, sous l'empire du Code civil, l'application de l'art. 2146, en ce qui concerne l'hypothèque légale de la femme mariée et du mineur, n'est plus de mise aujourd'hui ; ou plutôt ce raisonnement se retourne contre le mineur et contre la femme. En effet, si la raison unique pour laquelle l'art. 2146 ne leur était pas opposable sous le Code était tirée de ce que leur hypothèque avait été mise hors du droit commun relativement à l'inscription ou à la publicité, la nécessité même des choses conduit à dire que cet article leur devient opposable, au contraire, du jour où leur hypothèque est placée, par la loi nouvelle, sous l'empire de cette règle commune de la publicité et de l'inscription.

Mais, objecte-t-on, l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 ne dit pas que l'art. 2146 du Code civil sera désormais applicable à l'hypothèque légale de la femme et du mineur. Il exprime seulement que si l'inscription n'a pas été prise dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, *l'hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement*. Ainsi la sanction établie par la loi implique seulement *la perte du rang hypothécaire*. Or l'application de l'art. 2146 conduit beaucoup plus loin, puisqu'elle implique *la perte de l'hypothèque elle-même*. Oui, répondrons-nous, c'est bien là le résultat; mais loin qu'il aille au delà de la pensée de la loi, ce résultat est une déduction nécessaire des dispositions de la loi. C'est ce que l'arrêt de la Cour de Paris démontre, selon nous, avec évidence. L'art. 8 de la loi du 23 mars 1855, lorsqu'il prescrit, dans le cas qu'il détermine, l'inscription de l'hypothèque légale, ne fait autre chose que se référer au droit commun. Par conséquent, il dispose dans la prévision que l'inscription mise à la charge de la veuve, du mineur devenu majeur, de l'interdit relevé de l'interdiction, sera ou pourra être faite; et dans cette prévision, il parle comme l'art. 2134 du Code civil, dont il reproduit les expressions. La pensée de l'article ne va pas au delà : dès lors, on ne peut pas dire que par cela seul qu'il s'occupe uniquement du rang hypothécaire, il entend que la veuve ou le mineur devenu majeur seront toujours admis à inscrire leur hypothèque et pourront l'inscrire utilement, même quand ils auraient négligé de mettre à profit le délai de grâce, et quand ils se trouveraient en présence de l'un de ces événements par lesquels le cours des inscriptions est arrêté. Si, en ce dernier point, la loi eût entendu faire à la veuve et au mineur devenu majeur une situation meilleure que celles des autres créanciers, elle n'eût pas manqué de le dire; son silence indique que, sur ce point, comme à tous autres égards, elle s'en est référée au droit commun. A ce point de vue, la Cour de Paris présente, à titre d'exemple, une hypothèse qui établit clairement la vérité de cette appréciation. La Cour suppose qu'un immeuble grevé de l'hypothèque légale a été vendu par l'héritier du mari et que la vente a été suivie de transcription. La femme, dans ce cas, serait-elle admise à prendre

inscription pour la conservation de son hypothèque légale, *si elle avait laissé expirer, sans s'inscrire, l'année que lui donne l'art.* 8 de la loi du 23 mars 1855? Non, assurément. Et dans cette hypothèse, la femme perdrait, non pas seulement le rang hypothécaire, mais son hypothèque légale elle-même, par une conséquence directe de ce que cette hypothèque, sujette désormais à inscription, *n'aurait pas été inscrite en temps utile.* Il n'en doit pas être autrement, dirons-nous avec la Cour de Paris, dans le cas de faillite du mari ou dans le cas d'acceptation bénéficiaire ou de vacance de la succession. Ces événements arrêtant le cours des inscriptions de par l'art. 2146, aussi bien que la vente suivie de transcription, il s'ensuit que la veuve se trouve dans l'impossibilité légale de conserver son hypothèque par inscription sur les biens du mari ou de sa sccession vacante ou acceptée bénéficiairement, *quand elle a négligé de s'inscrire au cours de l'année de répit que la loi de* 1855 *lui avait donnée.* Et vainement on excipe de ce que la loi n'a pas formulé cette conséquence : elle n'avait pas à la formuler par çela même que la conséquence s'induit tout naturellement du droit commun sous l'empire duquel l'hypothèque légale a été ramenée, au point de vue de la publicité, par l'effet de la loi qui en rend désormais l'inscription nécessaire dans le cas et dans les conditions déterminés. La loi ne dit non plus nulle part que l'inscription qu'elle exige désormais de la femme à la dissolution du mariage, et du mineur ou de l'interdit à la cessation de la tutelle, sera sujette à la règle du renouvellement décennal. Il est incontestable cependant que l'article. 2154, dans lequel la règle est édictée, est désormais applicable à cette inscription dans les mêmes termes et sous la mêmes conditions qu'à l'inscription des hypothèques ordinaires, c'est-à-dire sous la sanction de la déchéance (*infrà,* n° 1046). Il n'en saurait être autrement de l'art. 2146. La raison de décider est la même, et c'est, encore une fois, qu'en ramenant l'hypothèque légale, dans le cas déterminé, sous la règle commune de la publicité, l'art. 8 a consacré, d'une manière virtuelle mais nécessaire, toutes les conséquences du principe.

Ainsi nous le répétons, en nous référant à la distinction formulée en tête de cette discussion : d'une part, avant l'expiration de l'année de répit accordée par la loi de 1855 à la femme, et au mineur devenu majeur, à l'interdit relevé de l'interdiction, il n'y a pas d'événement quel qu'il soit, et par conséquent il n'y a pas de texte, soit l'art. 2146, soit tout autre, qui puisse empêcher ces créanciers privilégiés de s'inscrire utilement au cours de ce délai et de maintenir par là leur hypothèque avec toutes ses prérogatives; — mais, d'une autre part, *après* cette année écoulée *sans que l'inscription ait été faite,* les événements et les textes qui pourraient faire obstacle à l'inscription utile de l'hypothèque ordinaire feront également obstacle à l'inscription utile de l'hypothèque légale de la veuve, du mineur devenu majeur ou de l'interdit relevé de l'interdiction.

896. Occupons-nous maintenant des priviléges. Et tout d'abord nous rencontrons ici une difficulté dont on s'est beaucoup préoccupé, no-

tamment avant la loi du 28 mai 1838, modificative du titre des Faillites au Code de commerce de 1807. On se demandait si, malgré la généralité de l'art. 2146 où il est question de l'inscription des *priviléges* et des hypothèques, et si malgré le Code de commerce de 1807, dont l'art. 443 parlait expressément aussi des deux causes de préférence, la prohibition formulée dans ces textes portait sur l'inscription des priviléges aussi bien que sur l'inscription des hypothèques. Quelques auteurs parmi les plus accrédités se prononçaient pour la négative. Il y a, disaient-ils, une différence profonde dans les effets de l'inscription, suivant qu'elle s'applique à l'hypothèque ou au privilége. L'hypothèque non inscrite est un droit inerte, elle est comme si elle n'existatt pas; c'est par l'inscription qu'elle acquiert un rang et une date qu'elle n'aurait pas sans cela : l'inscription est donc par elle-même consitutive d'un droit sérieux, le droit de préférence au profit du créancier *hypothécaire*. Au contraire, le privilége, qui tient à la nature de la créance, a sa date au jour même où il prend naissance; l'inscription ne fait que la lui *conserver*. Or, que la faillite fasse obstacle à *l'acquisition* d'un droit, on est disposé à l'admettre, mais qu'elle empêche la simple *conservation* d'un droit acquis, ce serait un excès de rigueur que la loi n'a pu vouloir consacrer (1).

Néanmoins ces considérations ne prévalaient pas en jurisprudence; et il faut le dire, elles n'étaient rien moins que décisives. C'était encore un écho de ces fausses théories auxquelles avait donné lieu l'art. 2106 du Code civil, et que nous avons essayé de combattre dans notre commentaire de cet article (voy. *suprà*, n°s 250 et suiv.). En définitive, que l'inscription agisse pour le privilége autrement que pour l'hypothèque, en ce sens que le privilége régulièrement inscrit a son rang à la date de la créance et non à celle de l'inscription, ce n'est pas la question : il y a toujours ceci, que le privilége sujet à inscription doit être inscrit dans les conditions de temps déterminées par la loi pour conserver son caractère de privilége (art. 2113), et qu'il ne peut être opposé aux tiers qu'à la condition de l'inscription (voy. *suprà*, n° 253). Par où l'on voit qu'au fond les considérations ci-dessus reproduites ne militaient pas plus en faveur du privilége qu'en faveur de l'hypothèque, et qu'à peine d'effacer complétement les dipositions de notre art. 2146 et de l'art. 443 du Code de commerce, il fallait accepter ces articles dans leur généralité.

Quoi qu'il en soit, ces considérations ne seraient plus de mise aujourd'hui en présence de l'art. 448 du Code de commerce modifié par la loi du 28 mai 1838; le texte en est plus positif et plus explicite encore que celui de notre art. 2146; il parle des *droits d'hypothèque* et des *droits de privilége* pour dire que ces droits, lorsqu'ils auront été valablement acquis, ne pourront être inscrits que jusqu'au jour du jugement décla-

(1) Voy. MM. Tarrible (*Rép.*, v° Inscript. hyp., § 4, n° 10); Merlin (*Quest. de droit*, eod. verb., § 3); Persil (art. 2146, n° 5); Grenier (t. I, n° 125). C'était aussi l'opinion de MM. Aubry et Rau, sur Zachariæ (1re édit., § 272, note 19); mais ils l'ont abandonnée (2e édit., p. 162, note 14).

ratif de la faillite : il faut donc laisser toute sa portée à la prohibition qu'il renferme, d'autant plus que, dans les termes des projets primitifs, la prohibition était appliquée aux hypothèques seulement (1), d'où suit que c'est par l'effet de la discussion qu'elle aurait été étendue aux priviléges.

897. Mais parce que les priviléges sont mentionnés aujourd'hui à côté des hypothèques dans l'art. 448, faut-il dire qu'à leur égard le jugement déclaratif de la faillite du débiteur arrête nécessairement le cours des inscriptions, et qu'indistinctement tous les priviléges sujets à inscription doivent, à peine de *déchéance,* être rendus publics avant que la faillite du débiteur soit déclarée? Non : il y a, dans la loi civile, des principes auxquels l'événement de la faillite ne saurait porter atteinte, et auxquels on ne peut par conséquent appliquer la disposition de l'art. 448 du Code de commerce. De là des distinctions nécessaires : s'il y a, en effet, des droits réels qualifiés priviléges auxquels ce dernier article puisse être opposé, il y en a certains auxquels il n'est opposable que d'une manière relative, et d'autres auxquels il ne peut pas être opposé du tout. Justifions ces distinctions en les précisant.

898. Il y a, disons-nous, des priviléges qui sont complétement atteints par la défense portée en l'art. 448 du Code de commerce. Ce sont ceux que la loi civile soumet d'une manière absolue aux conditions de la publicité telles qu'elles sont posées dans l'art. 2106 du Code civil. Ainsi en est-il du privilége des entrepreneurs, des architectes, etc., et de celui des bailleurs de fonds pour payer et rembourser les ouvriers (art. 2103, n°s 4 et 5). Ces priviléges, on l'a vu plus haut, ne conservent leur caractère qu'à la condition d'une double inscription dont la première doit même précéder la naissance de la créance privilégiée (voy. *suprà,* n° 278). Donc, si le débiteur venait à être déclaré en faillite avant que cette inscription eût été faite, elle ne pourrait plus être prise utilement après le jugement déclaratif, ainsi que nous l'avons établi plus haut, sur l'autorité de la jurisprudence (voy. n° 280).

899. Nous disons ensuite que l'art. 448 du Code de commerce ne peut être opposé que d'une manière relative à certains priviléges. Ce sont ceux qui, par exception au principe qui veut une notification publique contemporaine de la naissance même de la créance privilégiée (voy. *suprà,* n° 253), peuvent, à raison de la situation particulière où se trouve le créancier, être rendus publics après qu'ils sont nés et dans un délai que la loi prend elle-même le soin de déterminer (voy. n° 254). Ainsi en est-il du privilége des cohéritiers et copartageants qui, au point de vue du *droit de préférence* et sauf l'innovation introduite par la loi du 23 mars 1855 en ce qui concerne *le droit de suite* (voy. n° 318, et *infrà,* n°s 905 et suiv.), peut être utilement inscrit dans les soixante jours à dater de l'acte de partage ou de l'adjudication par licitation (art. 2109; voy. n° 293). Ainsi en est-il encore des priviléges créés au profit du Trésor public par les deux lois du 5 septembre 1807, les-

---

(1) M. Renouard rapporte les textes des divers projets (*Des Faill.*, t. I, p. 375).

quels n'ont lieu qu'à la charge d'une inscription à prendre dans un délai de deux mois (*suprà*, nos 42, 43, 303, 870). Ces délais appartiennent entièrement aux créanciers en faveur desquels ils sont établis; et en tout état de choses, il convient et il est juste que le privilége puisse être utilement inscrit tant que ces délais ne sont pas expirés. La Cour de Metz a fait même une obligation au créancier de ce que nous considérons ici comme un droit; elle a décidé, en effet, que les inscriptions générales mentionnées dans les art. 448 et 490 du Code de commerce ne pouvant tenir lieu de l'inscription spéciale exigée par la loi du 5 septembre 1807, le Trésor public *doit, pour la conservation du privilége* qu'il tient de cette loi à raison des frais de justice criminelle, prendre inscription dans les deux mois de l'arrêt de condamnation, *alors même que le condamné est en état de faillite* et que le syndic a pris l'inscription prescrite par l'art. 490 du Code de commerce (1). Mais obligation ou droit, il n'importe ! Ce qui est certain, c'est que le législateur a pris ici en considération un état de choses dans lequel il a reconnu l'impossibilité pour le créancier de requérir immédiatement l'inscription nécessaire à la conservation du privilége, et que, venant en aide au créancier ainsi empêché d'agir, il a fixé un délai dans lequel l'inscription devrait être effectuée. Or la faillite du débiteur ne saurait rien changer à cela; elle ne saurait notamment abréger un délai que le législateur a calculé dans sa sagesse. Ce qui en peut rester au moment où le débiteur est déclaré en faillite appartient donc toujours au créancier : l'injustice de lui en enlever le bénéfice serait d'autant plus grande, qu'après tout la brièveté du délai et la nature ou la cause du privilége dont il s'agit ici sont par elles-mêmes exclusives de l'idée de fraude qui a inspiré la défense portée en l'art. 448 du Code de commerce (2).

900. Enfin, nous disons que cet article n'est pas opposable du tout à certains autres droits réels dont parle la loi en s'occupant des priviléges sur les immeubles. Et ici nous avons en vue les droits qui ne constituent pas réellement un *privilége*, et ceux qui constituant pourtant un privilége sont conservés autrement que par une *inscription* proprement dite : nous ne sommes plus, en effet, dans la lettre de l'art. 448, lequel parle de *priviléges* et d'*inscriptions*. Ainsi en est-il du droit de préférence dont jouissent les créanciers et les légataires d'une succession lorsqu'ils demandent la séparation des patrimoines; ainsi en est-il encore du droit qu'a le propriétaire sur l'immeuble qu'il a vendu et dont le prix ne lui a pas eté payé. Mais si la proposition est d'accord, sur le premier point, avec la doctrine et la jurisprudence, il n'en est pas de même sur le second point. Reprenons-les successivement.

901. Le premier ne semble pas pouvoir être contesté. L'art. 2111 dit que les créanciers et légataires qui demandent la séparation du patrimoine du défunt conservent à l'égard des créanciers, des héritiers ou représentants du défunt, *leur privilége* sur les immeubles de la succes-

(1) Voy. Metz, 28 févr. 1856 (S.-V., 56, 2, 321 et suiv.).
(2) Voy. Zachariæ et ses annotateurs MM. Aubry et Rau (3e édit., t. II, p. 806, note 25; 4e édit., t. III, p. 364, note 27).

sion, par les inscriptions faites sur chacun de ces biens, dans les six mois à compter de l'ouverture de la succession. S'il s'agissait réellement ici d'un privilége, nous dirions, par les considérations mêmes qui nous déterminaient tout à l'heure en parlant des priviléges du Trésor public et des copartageants (n° 899), que du moins l'art. 448 du Code de commerce ne pourrait empêcher de l'inscrire, dans le cas où le jugement déclaratif de la faillite de l'héritier serait intervenu avant l'expiration du délai de six mois, ou, en d'autres termes, que nonobstant cet article et la déclaration de faillite, l'inscription pourrait être utilement faite, tant que le délai ne serait pas expiré. Mais nous disons plus : le droit dont il s'agit ici n'est pas un privilége; c'est improprement que l'art. 2111 lui à donné cette qualification; et nous avons montré plus haut dans quel intérêt ce droit, déjà réglé aux art. 878 et suivants du Code civil, a été repris par le législateur dans l'art. 2111 (voy. n° 299). Or, si ce n'est pas un privilége, il ne peut être question d'appliquer l'art. 448 du Code de commerce, qui parle des priviléges spécialement, et dont la disposition est assez rigoureuse en elle-même pour qu'on s'attache soigneusement à ne pas en étendre la portée. Dès lors l'inscription destinée à conserver l'effet de la séparation des patrimoines peut être prise après la faillite de l'héritier; c'est la jurisprudence de la Cour de Paris (1); et il faut d'autant plus s'y tenir que la ressource de la séparation des patrimoines étant particulièrement utile quand la situation de l'héritier est précaire et embarrassée, il serait déraisonnable d'interdire aux créanciers ou légataires du défunt le moyen d'en user après une faillite qui, plus qu'aucun autre fait, en atteste l'urgence et l'utilité (2).

902. Le second point est, au contraire, assez généralement contesté. Ici, c'est bien réellement d'un privilége qu'il s'agit; c'est même le premier et le plus légitime des priviléges sur les immeubles, celui sur lequel le législateur fixe tout d'abord sa pensée, soit quand il fait l'énumération de ces priviléges, soit lorsqu'il s'occupe de leur conservation (art. 2103 et 2107) : c'est, en un mot, le privilége du vendeur. Est-il vrai, comme nous venons de l'indiquer, que, même quand la faillite de l'acquéreur a été déclarée avant que les formalités nécessaires à la conservation du privilége aient pu être accomplies, le vendeur puisse encore exciper de son droit vis-à-vis des créanciers de la faillite, et doive leur être préféré? On se posait déjà la question avant la loi du 23 mars 1855, et, quant au privilége, elle était assez généralement résolue contre le vendeur (3). Mais comme alors le vendeur restait, en tout état de cause, armé de l'action résolutoire à l'aide de laquelle, même déchu de son privilége, il pouvait reprendre la chose dont il n'avait pas reçu le prix,

(1) Voy. Paris, 23 mars 1824.
(2) Voy. M. Troplong (n° 651); Aubry et Rau (*loc. cit.*); de Fréminville (t. I, n°s 396, 397).
(3) Voy. Req., 16 juill. 1818; Cass., 12 juill. 1824. Voy. aussi Toulouse, 2 mars 1826; Cass., 24 janv. 1838 (S.-V., 38, 1, 97; Dall., 38, 1, 51; *J. Pal.*, à sa date). — Voy. cependant Paris, 20 mai 1809; Metz, 25 juin 1833 (S.-V., et Dall., *loc. cit.*).

la question n'avait pas, il s'en faut de beaucoup, l'intérêt qu'elle semble présenter depuis la publication de la loi de 1855. L'art. 7 de cette loi dispose, en effet, que « l'action résolutoire établie par l'art. 1654 du Code civil ne peut être exercée, après l'extinction du privilége du vendeur, au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur, et qui se sont conformés aux lois pour les conserver. » Et, en présence de ce texte qui a lié le sort de l'action résolutoire au sort du privilége, et qui désormais se place à côté des art. 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce, la question se pose, en théorie, comme l'une des plus graves parmi celles que soulève notre législation hypothécaire, en même temps qu'elle est, en pratique, l'une de celles dont les esprits sont le plus vivement préoccupés.

S'il fallait se déterminer par le sentiment de l'équité, il n'y aurait pas de doute possible. Voici que j'aliène tout mon bien et le vends en viager, parce que les produits ordinaires ne suffisent pas aux besoins de ma vie. Mais à peine en possession, mon acquéreur est déclaré en faillite ; ou encore (car la question, comme on va le voir au n° 925, ne se présente pas seulement dans le cas de faillite), il est frappé subitement de mort, laissant pour héritiers des mineurs pour lesquels la succession ne peut être acceptée que par bénéfice d'inventaire. Et parce que le contrat que j'ai fait avec lui n'était pas encore transcrit au moment où l'événement s'est produit, les créanciers de la faillite ou les héritiers pourront me dire que mon bien est perdu pour moi ; que, du moins, il est désormais une portion de l'actif de la faillite ou de la succession, et que tous mes droits se réduisent à venir avec les autres créanciers et à prendre ce qui pourra m'échoir, peu ou point, pour mon prorata de la masse à partager ! Quoi de plus unique qu'une telle prétention ! Évidemment j'ai aliéné mon bien à la condition de recevoir la rente stipulée ; l'acquéreur ne serait resté propriétaire qu'en payant. Comment donc les créanciers de sa faillite ou ses héritiers, auxquels je ne dois rien, pourraient-ils retenir ma chose sans la payer, et s'enrichir à mes dépens ?...

Cependant la solution que l'équité suggère n'est pas celle qui prévaut. La jurisprudence et la doctrine présentent sur ce point des nuances qu'il faut préciser avant d'aborder la discussion.

Plusieurs décisions établissent que l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855 n'est pas applicable au droit de poursuivre la revente sur folle enchère, en sorte que le vendeur aux enchères *qui aurait perdu son privilége faute de transcription avant l'inscription prise dans l'intérêt des créanciers de son acquéreur tombé en faillite,* pourrait néanmoins, à défaut de payement du prix d'adjudication, poursuivre la revente sur folle enchère (1). Mais, on le voit, les tribunaux de qui ces décisions émanent raisonnent pour ainsi dire par hypothèse, comme si le vendeur

(1) Besançon, 16 déc. 1857 ; Bordeaux, 2 août 1860 (S.-V., 59, 2, 600 ; 61, 2, 157 ; *J. Pal.*, 1860, p. 449 ; 1861, p. 924 ; Dall., 59, 1, 448 ; 61, 2, 66). Voy. aussi Trib. de Grenoble, 20 juill. 1858 (S.-V., 59, 2, 601), et MM. Troplong (*Transcr.*, n° 296), Flandin (t. II, n° 1207).

était frappé de déchéance par rapport au privilége et à l'action résolutoire, et dans cette hypothèse, ils consacrent en sa faveur, au moins dans les ventes publiques volontaires, le droit de recourir à la folle enchère comme à un moyen de se mettre à l'abri des effets qui peuvent s'attacher à la déchéance qu'ils supposent. C'est donc un simple préjugé ; ce n'est pas une solution précise sur la question même, et il faut laisser ces décisions, qui ont, d'ailleurs, un caractère, un intérêt relatif et tout spécial, pour arriver aux décisions qui statuent sur la difficulté d'une manière directe.

Parmi celle-ci, il faut distinguer entre celles qui établissent une sorte de solidarité entre le privilége et l'action résolutoire, et celles qui envisagent l'action résolutoire comme pouvant avoir une existence indépendante de celle du privilége. Quant aux premières, il s'en faut qu'elles soient concordantes. D'une part, il en est d'après lesquelles les art. 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce, qui annulent toutes inscriptions prises après la faillite du débiteur, sont également applicables à la transcription des ventes faites au failli, et ne permettent pas au vendeur, si son contrat n'a pas été transcrit avant la faillite de l'acquéreur, de requérir, après la faillite, la transcription à l'effet de conserver un privilége dont il est irrévocablement déchu à l'égard des créanciers du failli (1). Mais d'une autre part, d'autres décisions tiennent que la faillite de l'acquéreur n'opère pas, par rapport au privilége du vendeur, l'extinction ou l'annulation complète, absolue, ineffaçable, à laquelle l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855 rattache la perte de l'action résolutoire ; que nonobstant la faillite, le privilége ne cesse pas d'avoir son existence en principe, tout inopposable qu'il soit à certaines personnes, spécialement à la masse des créanciers, et que le vendeur non payé conserve intact, même après la faillite de l'acquéreur, le droit de reprendre sa chose au moyen de la résolution du contrat par lequel il l'avait aliénée. C'est la solution que la Cour de cassation a sanctionnée et qui domine dans la jurisprudence (2). — Quant aux décisions dans lesquelles l'action résolutoire est envisagée,

---

(1) Nancy, 6 août 1859 (S.-V., 59, 2, 594 ; *J. Pal.*, 1861, p. 176). Voy. aussi Alger, 17 mai 1865 (S.-V., 65, 2, 187 ; *J. Pal.*, 1865, p. 818). C'est l'opinion dominante dans la doctrine. Voy. MM. Pardessus (t. IV, nº 1136) ; Duranton (t. XX, nº 78) ; Troplong (*Priv. et Hyp.*, nº 650 ; *Transcr.*, nºs 282, 295, 296) ; Mourlon (*Exam. crit.*, Append., nº 379) ; Costard (*Rev. prat.*, t. IV, p. 203) ; Sellier (*Transcr.*, nº 239) ; Hérisson (*Rev. prat.*, t. X, p. 15) ; Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. V, § 813, note 7) ; Aubry et Rau (3e édit., t. II, p. 801, note 6 ; 4e édit., t. III, p. 358, note 8) ; Flandin (t. II, nº 1189) ; Rivière et Huguet (nºs 374 et 375) ; Lesenne (nº 127) ; Rivière (*Rev. crit.*, t. XV, p. 433) ; Duverger (*Rev. prat.*, p. 449 et 529) ; Demolombe (*Oblig.*, t. I, nºs 448 et suiv.). — Toutefois, l'opinion contraire, admise d'abord par MM. Aubry et Rau dans leur première édition, n'est pas sans appui dans la doctrine. Voy. MM. Grenier (t. I, nº 125) ; Tarrible (*Rép. de Merlin*, vº Inscript. hyp., § 5, note 10) ; Persil (article 2146) ; Verdier (*Transcr.*, nº 536).

(2) Rej., 1er mai 1860 ; Bordeaux, 13 juill. 1857 ; Grenoble, 24 mai 1860 ; Dijon, 13 juin 1864 (S.-V., 60, 1, 602 ; 57, 2, 641 ; 60, 2, 526 ; 64, 2, 244 ; *J. Pal.*, 1860, p. 971 ; 1857, p. 1217 ; 1861, p. 175 ; 1864, p. 1188 ; Dall., 60, 1, 236 ; 57, 2, 185) Voy. aussi Lyon, 6 avr. 1865 (S.-V., 66, 2, 196). — *Junge*, en ce sens : MM. Aubry et Rau (*loc. cit.*) ; Carette (S.-V., 57, 2, 642, à la note) ; Gauthier (S.-V., 59, 2, 209, à la note). C'est là, pour nous, la thèse *subsidiaire* que nous établissons *infrà*, nº 904, et que nous avons présentée avec plus de développement dans la *Revue critique* (t. XVI,

abstraction faite du privilége qu'elles supposent perdu, l'accord n'y règne pas davantage. Ainsi, la Cour de Grenoble admet que le vendeur peut, nonobstant la perte de son privilége faute de transcription avant la faillite de l'acquéreur, exercer l'action résolutoire à l'encontre des créanciers, et que l'inscription de l'action résolutoire exigée par la loi du 23 mars 1855 ne reçoit aucune atteinte de l'état de faillite de l'acquéreur, l'art. 448 du Code de commerce étant sans application au cas prévu par cette loi (1). Mais la Cour de Riom, limitant cette solution, décide que l'action résolutoire ne peut être exercée par le vendeur qu'autant que le syndic de la faillite de l'acquéreur n'a pas pris, dans l'intérêt de la masse, l'inscription prescrite par l'art. 490 du Code de commerce, en sorte que si cette inscription était prise avant l'accomplissement des formalités nécessaires à la conservation du privilége, le vendeur n'aurait pas plus l'action résolutoire que le privilége, lequel se trouvait déjà éteint par le défaut de transcription avant la faillite (2).

Telle est la jurisprudence sur cette importante question. Comme on le voit, il s'en faut que les tendances en soient nettement accusées. Dans tous les cas, elle n'a pas consacré la vérité juridique, laquelle, selon nous, se résume, d'après les principes sainement entendus, dans ces deux propositions, l'une principale, l'autre subsidiaire : 1° le vendeur non payé, quand l'acquéreur n'a pas fait transcrire la vente, conserve, avec le droit de faire faire lui-même la transcription du contrat, le privilége qui garantit le prix, même après le jugement déclaratif de la faillite de l'acquéreur; — 2° et même, en admettant que le privilége soit perdu à défaut de transcription avant la déclaration de la faillite ou l'ouverture de la succession, le vendeur n'en aurait pas moins le droit d'exercer l'action résolutoire à l'encontre des créanciers de la faillite. — C'est ce que nous avons maintenant à démontrer.

903. Le privilége du vendeur, il faut le rappeler, a sa condition et son caractère propres que les dispositions exceptionnelles de la loi commerciale ne peuvent pas modifier. Nous avons établi la théorie de la loi (nos 256 et suiv.), et nous avons vu qu'il n'y a pas transmission de propriété *à l'égard des tiers,* s'il n'y a pas eu transcription. Pendant l'intervalle du contrat à la transcription, la propriété réside pour les tiers sur la tête du vendeur, malgré la perfection de la vente entre les parties, et, dans cet état, le privilége n'est pas encore né, quoique la cause qui lui donnera naissance existe entre les parties; il n'est, pour ainsi dire, que conçu et ne peut naître que par la transcription. Donc, seul entre tous, le privilége du vendeur ne prend naissance qu'à l'instant même où il se manifeste, et la transcription, qui est le moyen spécial par le-

---

p. 385). Toutefois elle est combattue par MM. Troplong, Mourlon, Sellier, Hérisson, Massé et Vergé sur Zachariæ, Flandin, Lesenne (*loc. cit.*, à la note précédente).

(1) Grenoble, 13 mars 1858 (Dall., 58, 2, 176; *J. Pal.*, 1859, p. 816; S.-V., 59, 2, 209). — Voy. aussi l'arrêt du 24 mai 1860 cité à la note précédente. *Junge :* Rouen, 10 juin 1859 (S.-V., 60, 2, 526; *J. Pal.*, 1861, p. 176).

(2) Riom, 1er juin 1859 (Dall., 59, 2, 124; S.-V., 59, 2, 598; *J. Pal*, 1860, p. 779). — Voy. aussi MM. Rivière et Huguet (n° 375), et Rivière (*Rev. crit.*, t. XV, p. 433 et suiv.).

quel il se révèle au public, est aussi l'instrument qui, en opérant la transmission de la propriété au regard des tiers, produit en même temps et du même coup, et l'investiture de l'acquéreur quant à la chose, et le recours privilégié du vendeur quant au prix. Telle est la théorie de la loi ; et dans cette théorie même est la sauvegarde du vendeur.

En effet, la transcription étant le fait capital par lequel on voit se produire simultanément la transmission ou au moins la consolidation de la propriété, la naissance du privilége et sa publicité, quoi de plus net et de moins attaquable que la situation du vendeur même avant la transcription? Tant que la vente n'est pas transcrite, le vendeur n'a pas de privilége, sans doute ; du moins son privilége n'a pas d'existence légale et n'est pas opposable aux tiers : mais le vendeur n'en a pas besoin, car, jusqu'à la transcription, il n'y a pas réellement de propriété transmise au regard des tiers ; le vendeur n'a pas cessé d'être propriétaire, l'acquéreur ne l'est pas devenu. Cela est si vrai que le vendeur peut toujours affecter hypothécairement l'immeuble qu'il avait déjà vendu, ou même en consentir une vente nouvelle, et que les droits réels résultant des affectations hypothécaires ou de la seconde vente prévaudront sur les droits du premier acquéreur, pourvu que, plus avisés que ce dernier, ceux qui les auront acquis aient eu, de leur côté, le soin de les conserver par des inscriptions ou par la transcription (voy. *suprà,* nos 259 et 261).

Est-ce que l'état de faillite de l'acquéreur peut changer quelque chose à cela ? Lorsque l'acquéreur vient à être déclaré en état de faillite, il arrive qu'il est représenté par ses créanciers, qui sont à ses droits et tiennent tout de lui ; il n'y a que cela de changé dans la position, et ce changement est évidemment sans influence aucune sur la situation juridique du vendeur, qui reste avec ses prérogatives, et qui pourra notamment, au moyen d'affectations hypothécaires ou de nouvelles aliénations, faire sortir son immeuble de l'actif de la faillite, comme il pourrait le faire sortir du patrimoine de l'acquéreur *in bonis,* tant que la propriété n'en serait pas consolidée par la transcription. Un moyen s'offrirait aux syndics d'écarter ces dangers toujours menaçants jusqu'au jour où la transcription est opérée : ce serait de faire transcrire eux-mêmes ; mais, sauf le cas où l'immeuble aurait acquis une plus-value entre les mains du failli, les créanciers y auraient peu d'intérêt, parce qne dans l'indivisibilité et la corrélation nécessaires de ses effets, la transcription, en même temps qu'elle consoliderait la propriété, ferait naître le privilége et, par conséquent, assurerait au vendeur son droit de préférence.

Mais ce que les syndics pourraient faire, et qu'ils ne feront pas généralement à défaut d'intérêt, n'est-il pas raisonnable et juste que le vendeur puisse le faire lui-même? Est-ce que sérieusement l'art. 448 du Code de commerce y ferait obstacle? Cela serait étrange, assurément : quand il est loisible au vendeur de se procurer *indirectement* tous les effets de son privilége au moyen d'affectations hypothécaires ou d'aliénations qu'il pourrait faire utilement à défaut par l'acquéreur failli d'avoir fait transcrire son acquisition, serait-il concevable qu'il ne pût

pas s'assurer ou acquérir *directement* ce privilége au moyen de la transcription? La disposition précitée ne comporte pas d'aussi choquantes anomalies, et il faut, pour les lui prêter, se mettre en dehors de ses termes. Que dit-elle, en effet? Que « les droits d'hypothèque et de privilége valablement acquis *pourront être inscrits* jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite », et, par là, elle arrête virtuellement le *cours des inscriptions* à la date de ce jugement. Mais remarquons que si, en thèse générale et d'après l'art. 2106 du Code civil, « les priviléges, entre créanciers, ne produisent d'effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics par *inscription* sur les registres du conservateur des hypothèques », l'art. 2108 a fait, en ce qui concerne le privilége du vendeur spécialement, une exception à cette règle, au moins quant à la forme et au mode suivant lesquels le privilége doit être rendu public.

La publicité de ce privilége se produit, nous venons de le rappeler, non pas par une *inscription* de la créance privilégiée, mais par la *transcription* du contrat de vente : l'art. 2108 dit cela formellement, et si, dans cet article, il est question aussi d'inscription, c'est de l'inscription que le conservateur doit prendre d'office, c'est-à-dire d'une formalité qui a son objet spécial, mais qui n'est aucunement nécessaire au vendeur, dont le privilége est conservé avec ou sans le secours de cette formalité (voy. nos 262 et 268). Or l'*inscription* et la *transcription* sont deux formes tout à fait différentes de la publicité; et comme les déchéances établies par la loi sont essentiellement de droit étroit, il est clair que l'on ne peut pas s'emparer de celle que l'art. 448 du Code de commerce prononce contre les priviléges en général à raison *du défaut d'inscription* à un moment donné, pour l'appliquer en particulier au privilége du vendeur à raison *du défaut de transcription* du contrat de vente à ce même moment.

Et vainement dirait-on, avec quelques auteurs, que, dans les termes de l'art. 2108 du Code civil, la *transcription vaut inscription* pour le vendeur créancier de son prix, et qu'*elle vaudrait davantage* si elle produisait des effets que l'inscription ne produit pas (1). C'est avec cette même équivoque que l'on a tenté d'appliquer à la transcription la règle du renouvellement décennal posée dans l'art. 2154 pour l'inscription. Mais nous y avons répondu déjà (voy. *suprà,* n° 274) et nous le répétons ici : de ce que la loi rapproche et compare deux formalités différentes au point de vue d'un effet commun qu'elles produisent, il ne s'ensuit en aucune façon qu'elle les confonde d'une manière absolue ni qu'il faille les identifier tellement que, dans tous les cas où elle parle de l'une, fût-ce même pour en régler l'accomplissement à peine de déchéance, elle doive être prise comme s'appliquant aux deux. Ce n'est évidemment pas possible. *La transcription vaut inscription :* cela veut dire que lorsque le contrat de vente est transcrit, la transcription suffit à elle seule pour conserver le privilége du vendeur et lui

(1) Voy. MM. Troplong (n° 650); Mourlon (*Exam. crit.*, n° 379).

donner effet (voy. *suprà,* n° 268); mais cela ne dit rien absolument en ce qui concerne les conditions de temps dans lesquelles la transcription doit être effectuée pour que le vendeur y trouve sa sécurité. Nous avons, pour nous fixer à cet égard, les règles générales établies par la loi civile d'après laquelle c'est la transcription qui, à l'instant même où elle est faite, donne naissance au privilége et en assure la conservation. Toute la question est de savoir si le droit civil est modifié en ce point par l'article 448 du Code de commerce dans le cas spécial de faillite du débiteur que prévoit cet article. Et sur cette question, la solution est nécessairement négative, parce que, encore une fois, cet article, en prohibant, par exclusion, les *inscriptions* qui viendraient après la date du jugement déclaratif de la faillite, établit une déchéance qui doit être limitée dans son objet précis et déterminé, et, par cela même, ne peut être appliqué au privilége du vendeur qui naît et se conserve indépendamment d'une *inscription* ou par une voie autre que celle de l'*inscription* (1).

C'est, à notre avis, la seule solution admissible, quand on s'attache aux vrais principes de la loi.

904. Mais laissons cette thèse à l'écart, et supposons, contre la vérité des choses, que le privilége du vendeur a péri faute d'avoir été rendu public par la transcription du contrat de vente avant la faillite de l'acquéreur; nous disons, en rappelant notre proposition subsidiaire, que même, dans cette situation, le vendeur n'en a pas moins le droit d'exercer l'action résolutoire à l'encontre des créanciers de la faillite. Ici, la difficulté se pose surtout sur le texte de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855 dont il faut tout d'abord préciser le caractère. Par cette disposition, le législateur étend et peut-être exagère une idée dont l'article 692 du Code de procédure avait fait déjà une application particulière : le sort de l'action résolutoire appartenant au vendeur non payé de son prix s'y trouve rattaché au sort du privilége lui-même, de façon que, ordinairement sinon absolument, la perte du privilége doit avoir pour conséquence la perte de l'action résolutoire. C'est donc une aggravation fort considérable d'une déchéance déjà très-grave par elle-même. Et par cela seul on comprend la nécessité de ne pas se montrer trop facile dans l'interprétation de cet art. 7 : c'est une disposition législative, et, sans aucun doute, elle commande le respect, à ce titre; mais c'est une disposition de droit excessivement rigoureux, qui, par cela même, exclut toute idée d'extension et doit être strictement renfermée dans son objet et dans ses termes précis. Or, quelles sont les conditions auxquelles l'article subordonne la perte, pour le vendeur non payé, de son action résolutoire? Le texte est précis à cet égard; il y a deux conditions, qui sont : l'extinction du privilége, et l'acquisition par des tiers, du chef de l'acquéreur, d'un droit réel dûment conservé sur l'immeuble. Eh bien, sans parler de la première condition, qui,

---

(1) Nous avons repris cette proposition, que nous avons établie avec plus de développement dans la *Revue critique* (t. XVI, p. 289 et suiv.).

dans la vérité, manque déjà (voy. le numéro qui précède), mais que nous devons supposer réalisée en discutant la partie subsidiaire de notre thèse, y a-t-il, dans le cas de faillite de l'acquéreur, des créanciers dont on puisse dire qu'ils sont *des tiers* ayant acquis, du chef de l'acquéreur tombé plus tard en faillite, *des droits dûment conservés sur l'immeuble?* Nous répondons sans aucune hésitation par la négative. Sans doute nous admettons qu'en *certain cas* et à un certain point de vue, il est juste que la masse des créanciers de la faillite soit protégée, par l'application des art. 1322 et 1328 du Code civil, contre la possibilité, pour le failli, de diminuer son actif au moyen d'actes antidatés. Et nous concevons à merveille l'arrêt de la Cour de cassation duquel il résulte que les créanciers d'un failli sont des tiers et non les ayants cause de leur débiteur, lorsqu'ils agissent pour défendre le gage commun et pour faire rentrer dans l'actif des valeurs qui en auraient été distraites (1). Mais, sauf ce point de vue, les créanciers, en thèse générale, sont les ayants cause du failli qu'ils représentent et dont ils exercent tous les droits par l'intermédiaire ou l'organe de leurs syndics. On ne peut donc pas dire que la masse des créanciers de la faillite de l'acquéreur est *un tiers* vis-à-vis du vendeur : première circonstance qui excluerait l'application de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855.

Et puis, quels seraient donc les droits que cette masse aurait acquis sur l'immeuble par l'effet du jugement déclaratif de la faillite? Pour que l'art. 7 de la loi de 1855 reçoive son application, il faut que le vendeur agissant en résolution vienne heurter, non pas un tiers quelconque, mais un tiers ayant acquis *un droit réel* sur l'immeuble du chef de l'acquéreur, et s'étant conformé à la loi pour le conserver. Or, quel est le *droit réel* que la masse des créanciers acquerrait par l'effet du jugement déclaratif de la faillite? Évidemment il n'y en a point. Le droit de la masse sur l'immeuble vendu, comme sur tous les biens du débiteur, demeure ce qu'il était avant la faillite de ce dernier : c'est tout simplement le droit consacré par l'art. 2093 du Code civil, c'est-à-dire un droit de gage général qui n'est que le résumé des droits particuliers du débiteur (C. civ., art. 1166). Ainsi, la masse de la faillite n'acquiert, par l'effet du jugement déclaratif, aucun *droit réel :* ce qui écarte encore l'application de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855. Nous allons plus loin, et nous disons que ce *droit réel* qui ne résulte en faveur des créanciers de la faillite ni de l'art. 488 du Code de commerce, ni du jugement déclaratif, ne résulte pas davantage de l'art. 490 du Code de commerce et de l'inscription prise par les syndics, en vertu de cet article, sur les immeubles du failli. On a prétendu, à la vérité, que dès que cette inscription a été prise, la masse a par cela seul acquis, sur tout le patrimoine immobilier du débiteur failli, et spécialement sur l'immeuble acheté par celui-ci avant sa faillite et non encore payé, un droit réel d'hypothèque, qui la range dans la catégorie des tiers dont parle l'art. 7 de la loi de 1855 et l'autorise à se prévaloir de cet article

(1) Req., 29 déc. 1858 (S.-V., 59, 1, 209; Dall., 59, 1, 103; *J. Pal.*, 1860, p. 866).

pour repousser l'action résolutoire du vendeur (1). Mais, quoi qu'on en dise, on conçoit difficilement que l'art. 490 ait eu en vue la création d'une hypothèque en faveur des créanciers de la faillite qui n'en ont pas besoin à ce moment, puisqu'ils se trouvent en présence d'un débiteur qui ne peut rien faire pour amoindrir leur gage. Autant il nous paraît juste de rattacher la création de cette hypothèque à l'art. 517, qui parle de l'inscription du jugement d'homologation, autant il nous semble peu raisonnable de la rattacher à l'art. 490. En effet, dans la phase à laquelle se rapporte l'art. 517, il y a véritablement un jugement portant condamnation et un intérêt réel à donner le moyen de s'assurer le droit de préférence à des créanciers qui se trouvent en présence d'un débiteur qui, remis à la tête de ses affaires, peut à chaque instant contracter des dettes nouvelles. Au contraire, dans le cas de l'art. 490, l'hypothèque n'a pas réellement sa raison d'être, d'une part, en ce qu'il n'y a encore qu'un jugement déclaratif de la faillite, lequel ne contient pas condamnation; d'une autre part, en ce que le failli, étant complétement dessaisi de toute administration, est dans l'impossibilité absolue de faire aucuns actes contre lesquels les créanciers aient besoin d'être protégés. C'est ce qui nous porte à dire, avec quelques auteurs et quelques arrêts (2), bien que ce ne soit pas la pensée dominante dans la doctrine et dans la jurisprudence (3), que l'inscription prise dans les termes de l'art. 490 du Code de commerce n'est qu'un moyen de publicité ajouté aux autres moyens organisés par la loi commerciale pour faire connaître l'incapacité personnelle du failli.

Mais, quoi qu'il en soit, et même en supposant que l'hypothèque inscrite dans les termes de l'art. 490 soit une véritable hypothèque acquise immédiatement à la masse de la faillite de l'acquéreur, l'action résolutoire, même dans cette supposition, n'en resterait pas moins sauve en faveur du vendeur. C'est précisément ce que décide la jurisprudence dans la deuxième série des arrêts cités au n° 902, et parmi lesquels figurent celui de la Cour de cassation du 1er mai 1860. Il y en a cette raison décisive, outre celle qui est donnée par les arrêts, que l'hypothèque dont il s'agit ici, si tant est que l'art. 490 du Code de commerce ait eu en vue une hypothèque, a pour effet de créer une

(1) Voy. MM. Rivière et Huguet (nos 374 et 375); Rivière (*Rev. crit.*, t. XV, p. 441 et suiv.). — *Junge* l'arrêt déjà cité de la Cour de Riom, du 1er juin 1859. Mais voy. MM. Aubry et Rau (t. II, p. 802, note 9; 4e édit., t. III, p. 359, note 10); Demangeat, sur Bravard (t. V, p. 291 et 292).

(2) Voy. MM. Locré (*Expl. du C. de comm.*, art. 500); Pardessus (t. V, n° 1168); Tarrible (*loc. cit.*); Grenier (t. I, n° 127); Troplong (n° 655 *bis*). Voy. aussi Bourges, 20 août 1832; Nîmes, 27 janv. 1840; Req., 22 juin 1841; Caen, 29 févr. 1844; Amiens, 26 mars 1860 (S.-V, 33, 2, 641; 40, 2, 368; 41, 1, 723; 44, 2, 299; 60, 2, 124; *J. Pal.*, 1860, p. 865).

(3) Voy. l'arrêt déjà cité de la Cour de cassation, du 29 déc. 1858. *Junge* : Paris, 22 juin 1850, 24 avr. 1861, 27 mai 1865; Besançon, 16 avr. 1862; Dijon, 5 août 1862; Req., 5 août 1869 (S.-V., 51, 2, 542; 61, 2, 440; 65, 2, 227; 62, 2, 283 et 544; 67, 1, 393; Dall., 62, 2, 85 et 149; 65, 2, 174; 70 1, 161; *J. Pal.*, 1861, p. 1048; 1862, p. 885; 1863, p. 87; 1865, p. 929; 1869, p. 1041). Voy. aussi MM. Aubry et Rau (t. II, p. 664, note 11; 4e édit., t. III, p. 203, note 11); Alauzet (t. IV, n° 1752); Bédarride (t. I, n° 416); Bravard et Demangeat (t. V, p. 309).

véritable séparation de patrimoines en faveur des créanciers antérieurs au concordat. Or, de ce que la séparation des patrimoines crée une sorte de privilége en faveur des créanciers de la succession, faut-il conclure à l'extinction de l'action résolutoire du vendeur non payé d'un immeuble par lui vendu au défunt? Non assurément. Le droit résultant du privilége appartient à tous les créanciers; il appartient donc au vendeur créancier de son prix, car on ne saurait retourner contre lui ce qui, dans l'esprit de la loi, doit concourir à le sauvegarder. En outre, le droit est créé au profit du créancier de la succession contre les créanciers de l'héritier, et on ne saurait le prendre comme établi en faveur de *certains créanciers* de la succession contre d'autres créanciers de la succession. Or, le raisonnement s'applique avec la même vérité au cas de faillite. L'hypothèque créée par l'art. 490 existe au profit de la masse des créanciers, et par conséquent, dans une certaine mesure, au profit du vendeur créancier de son prix; donc on ne peut la retourner contre lui. L'objet de l'hypothèque est de prémunir les créanciers antérieurs au concordat contre les créanciers postérieurs; donc on n'en peut armer certains créanciers de la faillite contre d'autres créanciers de la faillite, ou même contre un seul créancier. Ainsi se justifie notre proposition subsidiaire, à savoir que, même en supposant éteint le privilége du vendeur à défaut de transcription de la vente avant la faillite de l'acquéreur, l'action résolutoire survivrait, nonobstant l'art. 7 de la loi de 1855, inapplicable en ce cas, et laisserait au vendeur non payé un moyen assuré d'échapper aux conséquences funestes de la déchéance (1).

Mais, répétons-le, ce n'est là qu'un moyen subsidiaire; le vendeur peut demander une protection et une sécurité plus complètes aux principes de la loi en matière de privilége, au caractère même et à la nature de sa créance, à son droit, enfin, qui subsiste nonobstant la faillite de l'acquéreur, et lui permet, quand la vente n'est pas transcrite au moment où la faillite est déclarée, soit de retenir sa chose dont, à défaut de transcription, il est resté propriétaire vis-à-vis des tiers, soit de transcrire lui-même, et, par là, de s'assurer son privilége auquel la transcription donne naissance en même temps qu'elle en procure la conservation.

Dans tout ce qui précède, nous avons supposé que la déclaration de faillite survenue avant la transcription de la vente a trouvé le failli toujours en possession de l'immeuble par lui acquis et dont il n'avait pas payé le prix. Mais il y a une autre hypothèse à prévoir : c'est celle où l'immeuble est sorti, par une revente, des mains du débiteur failli. Nous nous expliquons là-dessus *infrà,* n[os] 909 et suiv.

IX. — 905. Il nous reste, pour compléter nos explications sur la première exception consacrée en principe par notre article et appliquée par les art. 446 et 448 du Code de commerce, à circonscrire la théorie

---

(1) Nous y sommes revenu avec plus de détails dans la *Revue critique de législation* (t. XVI, p. 385 et suiv.).

de la loi au point de vue des biens qui peuvent ou ne peuvent pas être grevés d'inscriptions hypothécaires.

906. C'est encore par l'objet de la loi qu'il faut se déterminer ici pour rester dans la juste mesure. L'exception est faite dans l'intérêt des créanciers du failli, ou plutôt pour maintenir entre eux l'égalité, qui, dans un désastre commun, est la règle à laquelle ils doivent tous se soumettre. Il faut donc que tous les immeubles du failli restent le gage de la masse; et, par conséquent, la prohibition écrite dans l'art. 2146 atteint toute inscription qui, faite en temps suspect sur des biens *appartenant au failli,* créerait l'inégalité en donnant un droit de préférence sur le gage commun à ceux des créanciers par lesquels l'inscription serait prise. Telle est la prohibition de la loi; il ne faut pas l'étendre davantage.

907. Par exemple, Joseph a une hypothèque sur un immeuble appartenant à Pierre, son débiteur; celui-ci vend son immeuble à Jacques, négociant, qui est bientôt après déclaré en faillite : est-ce que Joseph va être empêché d'inscrire l'hypothèque qu'il tenait de Pierre et qui n'était pas encore inscrite le jour où Jacques est devenu acquéreur? Non : car Joseph n'est pas un créancier du failli cherchant à rompre, à son profit, l'égalité qui doit exister entre les créanciers de la faillite; c'est un créancier du vendeur qui exerce son droit de suite et vient atteindre son gage entre les mains du failli ou de la masse qui le représente, et qui, vis-à-vis de lui, est un tiers acquéreur. Ce n'est pas le cas de l'art. 2146 : le créancier pourra donc s'inscrire utilement jusqu'au jour ou le cours des inscriptions viendrait à être arrêté par la transcription (1).

908. Supposons, à l'inverse, que Pierre, commerçant, est propriétaire d'un immeuble sur lequel Joseph, son créancier, avait acquis une hypothèque qui n'était pas encore inscrite. Il vend cet immeuble, et, peu de temps après, il est déclaré en faillite par un jugement qui fixe l'ouverture de la faillite de telle façon que la vente consentie par le failli se trouve placée dans les dix jours précédant la cessation de payements. Est-ce à dire que Joseph ne pourra pas suivre l'immeuble entre les mains du tiers acquéreur, et, en tant que la vente ne sera pas transcrite (ce qu'il faut supposer d'après la loi du 23 mars 1855 pour que le cours des inscriptions ne soit pas arrêté), y inscrire son hypothèque? Non, évidemment. L'immeuble qui est aux mains du tiers acquéreur n'*appartient* pas au failli; il n'est donc pas le gage de la masse, qui, dès lors, n'a ni intérêt ni qualité pour s'opposer à ce que l'inscription soit faite (2).

909. Mais ici se présente le cas où le *droit réel* existant sur l'immeuble revendu par le failli est un privilége de vendeur. Nous avons vu plus haut (nos 902 et suiv.) quels sont les droits du vendeur contre les créanciers de la faillite prétendant maintenir l'immeuble dans l'actif

(1) Voy. MM. Zachariæ et Troplong (*loc. cit.*).— *Junge :* M. Grenier (t. II, n° 364).
(2) Voy. MM. Persil (art. 2146, n° 11); Dalloz (v° Hyp., p. 235, n° 8); Zachariæ (p. 165, note 15); Troplong (n° 655 *ter*).

du failli. Maintenant nous plaçons le vendeur en présence d'un tiers acquéreur excipant de la revente qui lui a été faite par le failli avant la faillite. Quels sont alors les droits du vendeur?

Dans cette situation, il y a deux hypothèses à prévoir : ou le tiers acquéreur a négligé lui-même de faire transcrire la revente, ou il en a fait opérer la transcription.

910. Dans le premier cas, les droits du vendeur primitif prévaudront si la transcription qu'il en peut faire surprend le tiers acquéreur non encore investi vis-à-vis des tiers par la transcription de son propre contrat. En transcrivant lui-même la vente qu'il avait consentie, ce vendeur a du même coup révélé son privilége et l'a conservé; si le tiers acquéreur en souffre un préjudice quelconque, par exemple en ce qu'il aurait eu l'imprudence de payer son prix, ce qui va l'obliger à payer de nouveau ou à délaisser, c'est tant pis pour lui. Il devait songer qu'en traitant avec un acquéreur dont le contrat n'était pas transcrit, il restait, comme nous l'avons établi plus haut, sous la menace du privilége du vendeur primitif, et devait, pour échapper au danger, prendre les devants et faire transcrire son propre contrat (voy. *suprà,* n° 261).

911. Dans le second cas, c'est-à-dire si le tiers acquéreur a eu le soin de faire transcrire la revente, il faut tenir compte des termes de l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855, et se décider suivant que l'on se trouve en deçà ou au delà des quarante-cinq jours que cet article, statuant au point de vue du droit de suite, accorde au vendeur pour inscrire son privilége.

Ainsi, Pierre vend le 2 janvier 1876 un immeuble à Joseph, négociant; la vente n'est pas transcrite. Joseph revend l'immeuble, le 15 janvier, à Jacques, qui fait transcrire son contrat dès le 16 janvier. Quatre jours après, c'est-à-dire le 20 du même mois, Joseph est déclaré en faillite. Pierre sera-t-il empêché, par l'événement de la faillite, de s'assurer son privilége? Non, parce que quarante-cinq jours ne se sont pas écoulés encore depuis le 2 janvier, date de la vente par lui consentie à Joseph. Quelques auteurs enseignent, cependant, que, dans le cas proposé, le vendeur *perd tous ses droits à l'instant même où la faillite de son acquéreur est déclarée* (1). Il est absolument impossible de se ranger à cet avis. Du 2 janvier, date de la vente primitive, au 20 du même mois, jour du jugement qui a déclaré la faillite de l'acquéreur, il s'est écoulé dix-huit jours seulement; et il en reste vingt-sept à courir avant l'expiration du délai exceptionnellement accordé au vendeur par la loi du 23 mars 1855 pour atteindre son gage entre les mains du tiers acquéreur, même quand la propriété est consolidée sur la tête de celui-ci par la transcription de son propre contrat. Ces vingt-sept jours sont donc utiles pour le vendeur primitif; et le jugement qui a déclaré la faillite de son acquéreur direct n'en peut rien retrancher. Il en est du vendeur, dans ce cas, comme des autres

---

(1) Voy. M. Mourlon (*Exam. crit.*, n. 379). — Voy. aussi MM. Rivière et Huguet (n° 370).

créanciers dont le privilége n'a pas besoin de se produire à l'instant même où il prend naissance, et vient utilement, pourvu qu'il soit rendu public dans le délai déterminé par la loi. Nous avons vu plus haut que ces derniers ont, en toute hypothèse, et même dans le cas de faillite de leur débiteur, le bénéfice du délai à eux imparti pour requérir inscription (voy. n° 899). La position étant la même pour le vendeur dans notre hypothèse, la question se résout par les mêmes considérations.

Mais il en est autrement si, en modifiant notre hypothèse, nous supposons que la faillite de Joseph a été déclarée le 8 mars 1876. Alors, soixante-six jours s'étant écoulés depuis le 2 janvier précédent, date de la vente consentie par Pierre, on n'est plus dans le délai de quarante-cinq jours fixé par l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855; et, dans ce cas, il est vrai de dire que les droits de Pierre, vendeur, sont définitivement perdus. Et ce n'est pas là précisément un effet de la faillite de l'acquéreur; la seconde vente prévaut ici, parce que la transcription en ayant été faite, elle a acquis une notoriété qui la rend ferme et stable vis-à-vis de tous : le vendeur primitif ne peut imputer qu'à lui-même de n'avoir pas pris les mesures propres à mettre son droit à l'abri. C'est un point établi dans notre commentaire de l'art. 2108 (voy. n° 261).

Passons à la seconde exception consacrée par notre article.

X. — 912. Du principe que l'inscription peut être faite utilement aussitôt que le droit hypothécaire est acquis, et tant que les biens restent dans le patrimoine du débiteur, il résulte qu'en règle générale une inscription peut être prise même après la mort du débiteur qui a conféré l'hypothèque, si l'immeuble grevé se trouve dans sa succession. L'art. 2149 du Code civil confirme pleinement cette induction, puisqu'il s'occupe spécialement des inscriptions à faire *sur les biens d'une personne décédée.* C'est donc sans raison que M. Grenier (1) s'est attaché, pour établir ce point de droit, à supposer, pour les combattre, des objections que jamais personne n'a proposées. L'art. 2149 est trop précis, trop positif, pour que l'on puisse raisonnablement mettre en avant la doctrine qu'il n'est pas permis d'inscrire, après la mort du débiteur, les hypothèques acquises auparavant.

913. Mais si cette doctrine n'est pas proposable, ni même proposée en thèse générale, elle est vraie, au contraire, et exceptionnellement consacrée par la loi dans le cas particulier que prévoit la dernière disposition de l'art. 2146. Les inscriptions, y est-il dit, ne produisent aucun effet « entre les créanciers d'une succession, si elles n'ont été faites par l'un d'eux que depuis l'ouverture, *et dans le cas où la succession n'est acceptée que par bénéfice d'inventaire.* » Toutefois, cela même est une exagération. Si, en modifiant le droit que nous avons reconnu à l'héritier bénéficiaire de conférer hypothèque sur les im-

(1) Voy. M. Grenier (t. I, n° 128, *in fine*).

meubles de la succession sauf les effets de la séparation des patrimoines, au profit des créanciers et légataires de cette succession (voy. *suprà*, n° 633), la loi s'en fût tenue à déclarer l'inefficacité des *hypothèques constituées* par l'héritier bénéficiaire sur les immeubles qu'il détient en cette qualité, sa disposition se fût expliquée à merveille. On comprendrait, en effet, que l'héritier bénéficiaire ne pût rien changer à la position des créanciers de la succession, favoriser les uns au préjudice des autres en créant des causes de préférence. Mais ce n'est pas là ce que fait l'art. 2146. Ce qu'il atteint, ce n'est pas la constitution d'une hypothèque nouvelle; c'est l'*inscription d'une hypothèque acquise déjà,* d'une hypothèque que le créancier avait déjà avant l'ouverture de la succession, et à laquelle la loi ne permet pas de se produire avec efficacité, par cela seul que le débiteur qui l'avait consentie étant venu à décéder, sa succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire! Or cela n'est ni raisonnable ni juste. Quand le droit hypothécaire est acquis, quel motif sérieux peut-il y avoir de l'empêcher de se manifester par l'inscription? La mort du débiteur n'y ferait pas obstacle par elle-même. Pourquoi donc cette circonstance que la succession de ce débiteur décédé est acceptée bénéficiairement a-t-elle pour effet de créer cet obstacle? Après tout, qu'est-ce que le bénéfice d'inventaire? Une mesure établie par la loi en faveur de l'héritier et dans son intérêt exclusif. Et n'est-ce pas alors en étendre la portée contre toute justice qu'en faire une cause susceptible d'agir sur la position des créanciers hypothécaires du défunt, et de rendre plus mauvaise la condition de ces créanciers en les empêchant de conserver par l'inscription le droit hypothécaire qu'ils ont acquis, et qui a sa source dans un titre légitime antérieur à l'ouverture de la succession?...

914. Aussi on comprend qu'à toutes les époques, et partout où la réforme du régime hypothécaire a été mise en question, des propositions aient été faites en vue de modifier la disposition dont il s'agit ici, ou même de la retrancher entièrement de l'art. 2146. Ainsi, en Belgique, où les discussions sur la réforme ont abouti à la loi du 16 décembre 1851, il a été admis que les droits de privilége ou d'hypothèque acquis, et qui n'auraient pas été inscrits avant le décès du débiteur, pourront néanmoins être inscrits après, soit que la succession du débiteur ait été acceptée purement et simplement, soit qu'elle ait été acceptée sous bénéfice d'inventaire : seulement, la loi, pour éviter que les liquidations ne soient indéfiniment suspendues, a limité à la durée de trois mois, à partir de l'ouverture de la succession, la faculté qu'elle laisse au créancier hypothécaire de s'inscrire (1). Et dans nos discussions législatives de 1849 à 1851, la réforme allait plus loin en ce que partout on s'accordait à reconnaître que la disposition finale de l'article 2146 en devait être retranchée; l'avis avait été émis par la commission instituée par le gouvernement : le conseil d'État et l'Assemblée

(1) Voy. l'art. 82 de la loi belge dans les commentaires de MM. Delebecque (p. 293) et Martou (t. III, p. 135).

législative s'y étaient rendus sans difficulté (1) : et en effet, l'article correspondant, dans les divers projets, à l'art. 2146, avait été voté sans cette disposition.

Mais ces discussions, on le sait, n'ont pas abouti ; et nous restons en présence de la prohibition portée par notre article. Nous avons donc, sur cette exception, comme sur la précédente, à rechercher quelle est la pensée du législateur au triple point de vue de la situation qu'il prévoit, des droits d'hypothèque ou de privilége auxquels s'étend la défense qu'il prononce, et des biens qui, d'après cette défense, peuvent ou ne peuvent pas être atteints par une inscription.

XI. — 915. L'hypothèse de la loi est celle où la succession du débiteur, contre lequel un droit hypothécaire ou privilégié a été acquis, « n'est acceptée que par bénéfice d'inventaire. » C'est une disposition exceptionnelle ; et néanmoins nous ne voudrions pas dire qu'elle soit applicable seulement au cas qu'elle a spécialement en vue. Par exemple, on pourrait admettre, ce nous semble, avec M. Delvincourt (2), que si un héritier insolvable, et dès lors n'ayant rien à risquer, avait accepté purement et simplement une succession qui aurait été acceptée bénéficiairement par tout autre, les juges auraient la faculté, d'après les circonstances, et sur la demande des créanciers de l'héritier exerçant les droits résultant en leur faveur de l'art. 1167 du Code civil, de faire à ce cas l'application de l'art. 2146. Ce serait, en d'autres termes, autoriser les créanciers à attaquer et à faire annuler l'acceptation faite en fraude de leurs droits, ce que nous avons admis en matière de *Communauté conjugale* (3) et ce qui doit être admis également en matière de *Succession*.

916. De même nous pensons, avec la généralité des auteurs, qu'il faut étendre aux successions vacantes ou répudiées ce que dit notre article des successions bénéficiaires spécialement. La loi du 9 messidor an 3 avait assimilé les deux cas par son art. 12, dont la disposition était ainsi conçue : « Ne sont pareillement susceptibles d'aucune hypothèque les condamnations obtenues contre l'hérédité acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou le curateur à la succession vacante. » L'art. 2146, consulté sinon dans son texte, au moins dans ses motifs, ne permet pas de décider autrement aujourd'hui. Si les inscriptions prises après l'ouverture d'une succession sont inefficaces dans le cas où la succession n'est acceptée que par bénéfice d'inventaire, c'est parce que l'acceptation bénéficiaire fait présumer l'insolvabilité de la succession, et crée pour cette succession un état comparable, à certains égards, à celui du négociant en faillite : cette idée, bien qu'elle ne soit pas exacte dans toutes les situations, comme nous l'allons voir au numéro suivant, est pourtant celle qui a inspiré la disposition de notre article. Or la répudiation

---

(1) Voy. les rapports de MM. Persil (p. 134 et 135), Bethmont (p. 107, à la note), de Vatimesnil (p. 87 et 88).

(2) Voy. M. Delvincourt (édit. de 1824, t. III, p. 355, aux notes).

(3) Voy. le *Traité du Contrat de mariage* en collaboration avec M. Rodière (1re édit., t. I, n° 816, 3°; 2e édit., t. II, n° 1057).

d'une succession qui reste vacante fait présumer l'insolvabilité de la succession plus encore que l'acceptation bénéficiaire : il est donc raisonnable de faire tomber sous la disposition prohibitive les inscriptions prises par le créancier du défunt sur les biens de la succession lorsqu'elle vient à être répudiée (1).

917. A plus forte raison en devra-t-il être ainsi toutes les fois que, par une cause quelconque, on se trouvera dans l'hypothèse spécialement prévue par la loi. C'est dire que la défense portée en l'art. 2146 subsiste même quand l'acceptation bénéficiaire, au lieu d'être volontaire de la part de l'héritier, est imposée par la loi, par exemple dans le cas où une succession échoit à un mineur ou à un interdit (C. civ., art. 461 et 509). On en pourrait douter, parce qu'on ne trouve pas ici, nécessairement du moins, le motif qui a déterminé la prohibition, l'acceptation bénéficiaire étant commandée, dans ce cas, non point par l'état de la succession, mais par l'intérêt du mineur et de l'interdit. Pourtant la loi ne distingue pas, et les termes en sont si absolus qu'il ne paraît pas possible de distinguer dans l'application (2).

918. Par cela même, il faut dire que toute inscription prise après l'ouverture de la succession est sans efficacité, encore que l'acceptation ne soit faite sous bénéfice d'inventaire que plus ou moins de temps après le décès du débiteur et quand l'inscription hypothécaire existe déjà. Par l'effet rétroactif qui s'attache à l'acceptation des successions, il arrive que, dans le cas supposé, la succession est censée avoir été acceptée bénéficiairement dès le jour même de son ouverture; en sorte que, par la fiction de la loi, l'inscription est sous le coup de la défense portée par l'art. 2146, comme si elle avait été faite après l'acceptation bénéficiaire (3).

919. Nous en disons autant du cas où une succession étant échue à plusieurs héritiers, les uns acceptent purement et simplement, et les autres sous bénéfice d'inventaire. La Cour de cassation a jugé, en ce sens, que l'acceptation bénéficiaire d'une succession par une partie des héritiers entraîne de plein droit, au profit des héritiers de la succession, la séparation des patrimoines pour *tous* les biens de la succession,

---

(1) Voy. Paris, 24 juin 1862 (S.-V., 63, 2, 37; *J. Pal.*, 1863, p. 502; Dall., 63, 2, 1). *Junge :* un arrêt de la Cour d'Orléans du 26 août 1869, lequel décide que la nullité de l'inscription prise après l'ouverture de la succession peut être invoquée par les créanciers chirographaires comme par les créanciers hypothécaires (Dall., 69, 2, 185; *J. Pal.*, 1870, p. 466; S.-V., 70, 2, 113). — Voy. aussi MM. Tarrible (*Rép.*, Inscript. hyp., § 4, n° 5); Merlin (*Quest.*, v° Succ. vacant., § 1); Persil (art. 2146, n° 11); Grenier (t. I, n° 120); Battur (t. III, n° 413); Zachariæ (t. II, p. 164, note 18); Troplong (n° 659 *ter*); Aubry et Rau (t. II, p. 781 et note 38; 4e édit., t. III, p. 385 et note 39); Flandin (n° 1183); Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 649). Mais ce dernier auteur a rétracté cette opinion et s'est prononcé en sens contraire (*Transcr.*, n° 660). — Voy. aussi, dans ce dernier sens, M. Verdier (*ibid.*, n° 543). *Junge:* Grenoble, 28 janv. 1818 (S.-V., Coll. nouv., 5, 2, 347).

(2) Voy. Toulouse, 2 mars 1826; Bordeaux, 24 juin 1826. — *Junge :* MM. Delvincourt (*loc. cit.*); Persil (art. 2146, n° 13); Dalloz (v° Hyp., p. 236); Duranton (t. XX, n° 82); Zachariæ (t. II, p. 163, note 17); Troplong (n° 659). Voy. cependant M. Grenier (t. I, n° 122).

(3) Voy. MM. Merlin (*Quest.*, v° Succ. vacant., § 1); Grenier (t. I, n° 120); Dalloz (v° Hyp., p. 235); Troplong (n° 658 *ter*).

même à l'égard des héritiers qui ont accepté purement et simplement; en telle sorte que ces derniers ne peuvent pas grever d'hypothèque leur portion héréditaire au profit de leurs créanciers personnels, et que les créanciers du défunt ne peuvent pas non plus imprimer leur droit réel sur cette portion postérieurement à l'ouverture de la succession (1). C'est, à notre avis, une juste application de l'art. 2146 sur la disposition duquel l'arrêt de la Cour est fondé.

920. Mais de ce que l'inscription prise dans le cas déterminé est sans effet, il ne s'ensuit pas qu'elle doive nécessairement et toujours rester telle. La raison même des choses indique que l'inscription doit être validée et avoir toute son efficacité, si la position de l'héritier vient à changer, de telle manière qu'il soit censé n'avoir pas été héritier bénéficiaire, par exemple si son acceptation a été annulée, ou encore s'il a fait un acte quelconque entraînant déchéance du bénéfice d'inventaire. L'art. 2146, dira-t-on avec la Cour de Caen (2), s'occupe uniquement du cas où il s'agit d'une succession bénéficiaire, où il n'y a pas confusion entre les biens du défunt et ceux de l'héritier, et, dans ce cas, il fixe, par analogie, les droits des créanciers entre eux de la même manière qu'entre les créanciers du failli. Or, dans les situations indiquées, il n'y a plus d'héritier bénéficiaire, il y a un héritier pur et simple qui est réputé l'avoir été du jour de l'ouverture de la succession.

921. Les observations qui précèdent expliquent suffisamment tout ce qui se rattache à la situation en vue de laquelle est écrite la disposition finale de l'art. 2146, et, sans y insister davantage, voyons à quels droits de privilége et d'hypothèque s'étend la défense de la loi.

XII. — 922. A cet égard, nous n'avons pas, pour le cas de succession bénéficiaire, des dispositions analogues à celles des art. 446 et 448 du Code de commerce, qui, pour le cas de faillite dont il a été question tout à l'heure, s'occupent successivement des acquisitions d'hypothèqnes et des réquisitions d'inscriptions, et fixent la mesure dans laquelle le droit des créanciers est limité sur l'un et l'autre point (voy. *suprà*, nos 873 et 878). Il convient néanmoins de s'expliquer distinctement sur les acquisitions d'hypothèques et sur les réquisitions d'inscriptions.

923. En ce qui concerne les acquisitions d'hypothèques, le sujet, fort peu compliqué déjà en cas de faillite du débiteur (voy. *suprà*, nos 879 et suiv.), est moins compliqué encore dans le cas de succession bénéficiaire. Tout d'abord, notons que nous sommes ici en présence d'une succession; il ne saurait donc être question des hypothèques légales attribuées aux femmes mariées, aux mineurs ou interdits et à l'État, sur les biens des maris, des tuteurs et des comptables. Il ne s'agit dès lors que des hypothèques conventionnelles et judiciaires. Et, à cet égard, peu de mots suffiront à préciser la situation.

Quant aux hypothèques conventionnelles, nous savons déjà que les

(1) Voy. Cass., 18 nov. 1833 (Dall., 33, 1, 356; S.-V., 33, 1, 817). — *Junge* : M. Delvincourt (*loc. cit.*).

(2) Voy. Caen, 16 juill. 1834 (S.-V., 35, 2, 559). — Contra Grenoble 26-12-91 (S.93.2.33)

immeubles de la succession en peuvent être grevés par l'héritier bénéficiaire, sauf, pour les créanciers et légataires de la succession, les effets de la séparation des patrimoines (voy. *suprà*, nº 633). Nous n'avons pas à y revenir, si ce n'est pour dire que le fait par l'héritier de conférer hypothèque sur les immeubles de la succession étant susceptible d'entraîner déchéance du bénéfice d'inventaire, la vérité de la proposition émise (*loc. cit.*), à savoir qu'en aucune hypothèse l'hypothèque constituée ne peut être annulée, en est plus complétement démontrée.

Quant aux hypothèques judiciaires, qui existent par la volonté de la loi indépendamment du consentement de celui contre lequel est rendue la décision judiciaire, elles ne peuvent pas être acquises contre l'héritier bénéficiaire sur les biens de la succession. Ainsi, un créancier chirographaire aurait beau poursuivre judiciairement contre l'héritier bénéficiaire le payement d'une dette de la succession, le jugement qu'il obtiendrait n'emporterait pas hypothèque sur les immeubles de cette succession. Cela a été jugé par la Cour de cassation, dont l'arrêt décide même, d'une manière absolue, qu'un créancier chirographaire ne peut, postérieurement au décès de son débiteur, acquérir hypothèque judiciaire au préjudice des autres créanciers de la succession, *même dans le cas de succession acceptée purement et simplement* (1). Mais c'est aller trop loin : les héritiers purs et simples représentent le défunt; le jugement obtenu contre eux à ce titre doit emporter hypothèque pour leur part et portion sur les biens de la succession, devenus leurs biens propres par suite de leur acceptation pure et simple. Il n'en pourrait être autrement que si les autres créanciers du défunt s'étaient mis en mesure d'obtenir la séparation de patrimoines, ce qui n'avait pas eu lieu dans l'espèce. La solution de l'arrêt doit donc être limitée au seul cas où la décision judiciaire d'où l'on voudrait faire résulter l'hypothèque serait rendue contre un héritier bénéficiaire (2).

Ceci dit, venons aux inscriptions.

924. Les difficultés, en ce qui concerne les inscriptions auxquelles s'applique plus particulièrement la défense portée en notre article, sont autrement sérieuses. Toutefois, comme ces difficultés sont, à certains égards, celles qui s'élèvent dans le cas de faillite du débiteur, nous n'aurons guère qu'à les indiquer, sauf à nous référer aux observations ci-dessus présentées.

925. Rappelons tout d'abord que lorsque l'art. 2146 déclare inefficaces les inscriptions prises sur les biens dépendant d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, il entend parler, non point des inscriptions qui tendraient à conserver les intérêts d'une créance inscrite, mais des inscriptions ayant pour objet la conservation d'une créance *principale*. Nous avons vu plus haut cette solution consacrée, pour le cas de faillite, par deux arrêts dont l'un émane de la Cour de cassation

---

(1) Req., 19 févr. 1818, arrêt cité à tort par quelques auteurs sous la date du 19 *août* 1818. Voy., dans le sens de l'arrêt, M. Grenier (t. I, nº 128).

(2) Voy., en ce sens, MM. Delvincourt (*loc. cit.*); Troplong (nº 459 *bis*). *Comp.* Bourges, 12 janv. 1855 (S.-V., 55, 2, 94; Dall., 55, 2, 153; *J. Pal.*, 1855, t. I, p. 601).

(voy. n° 889); nous la retrouvons, spécialement pour le cas de succession bénéficiaire, dans un arrêt de la Cour de Paris, aux termes duquel le créancier régulièrement inscrit au moment de l'ouverture d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, pour le capital de sa créance et les interêts non échus, peut, plus tard, prendre inscription pour la conservation des intérêts courus depuis l'ouverture de la succession, cette seconde inscription se rattachant essentiellement à la première (1). C'est donc aux inscriptions de créances principales, c'est-à-dire aux inscriptions constituant un droit nouveau, que s'applique la prohibition prononcée par l'art. 2146.

Mais dans quelle mesure s'applique-t-elle? Il faut distinguer.

926. S'agit-il des hypothèques, la prohibition existe pour toutes celles qui ne peuvent être conservées ou passer à l'état de droit actif qu'au moyen d'une inscription. Ainsi en sera-t-il de l'hypothèque conventionnelle, de l'hypothèque judiciaire, et même de l'hypothèque légale attribuée par l'art. 2121 à l'État, aux communes et aux établissements publics. Il n'y aura donc d'exception que pour l'hypothèque légale accordée par ce même article aux femmes mariées, aux mineurs et interdits, laquelle existant, en principe, indépendamment de toute inscription (art. 2135), échappe par cela même à la disposition de la loi. Et notons que l'exception n'est même pas absolue : elle devra se combiner désormais avec l'innovation résultant de l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription. Nous nous référons à cet égard aux observations présentées au n° 895, pour le cas de faillite, et qui devront être appliquées, *mutatis mutandis,* à notre cas de succession bénéficiaire (2).

927. S'agit-il des priviléges, la prohibition sera sans effet quant à ceux qui ne sont pas soumis à la formalité de l'inscription; c'est évident, puisque la prohibition porte précisément sur l'*inscription,* et qu'ainsi il n'y a pas le sujet même auquel elle pourrait s'appliquer lorsque le privilége est conservé sans *inscription* (voy. *suprà,* n° 890).

Mais en ce qui concerne les priviléges qui ne conservent leur caractère qu'à la condition d'être inscrits dans les conditions de temps déterminées par la loi, on appliquera les distinctions ci-dessus établies pour le cas de faillite du débiteur (voy. n°s 897 et suiv.).

Ainsi, pour les entrepreneurs et les architectes, dont le privilége doit être inscrit même avant la naissance de la créance privilégiée, ils ne pourront plus inscrire utilement après l'ouverture de la succession du débiteur, acceptée sous bénéfice d'inventaire (voy. n° 898).

Les cohéritiers et les copartageants, et les autres créanciers privilégiés auxquels la loi accorde un délai pour faire l'inscription de leur privilége, pourront, nonobstant l'acceptation bénéficiaire, faire l'inscrip-

---

(1) Voy. Paris, 22 nov. 1828. — Quelques auteurs donnent à cet arrêt la date du 15 novembre.

(2) Comme nous l'avons fait remarquer *loc. cit.*, l'arrêt de la Cour de Paris du 24 juin 1862 est rendu précisément dans l'hypothèse de succession vacante.

tion utilement tant qu'il restera quelque chose à courir de ce délai (voy. *suprà,* n° 899).

Enfin, quant au privilége du vendeur, la prohibition de l'art. 2146 ne lui est pas opposable du tout, par les motifs développés plus haut, à propos du cas de faillite (1). Les raisons d'équité et de droit qui nous ont déterminé dans ce cas se présentent avec la même force dans le cas d'acceptation bénéficiaire : nous ne pouvons qu'y persister. Ainsi, nous tenons, d'une part, que le vendeur non payé, quand l'acquéreur n'a pas fait transcrire la vente, conserve, avec le droit de faire faire lui-même la transcription du contrat, le privilége qui garantit le payement du prix, même après l'ouverture de la succession de l'acquéreur, acceptée bénéficiairement ou déclarée vacante; — d'une autre part, subsidiairement, que, même en admettant que le privilége soit perdu à défaut de transcription avant l'ouverture de la succession, le vendeur n'en a pas moins le droit d'exercer l'action résolutoire à l'encontre des créanciers de la succession, l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855 n'étant pas applicable à ce cas. Cette dernière proposition est seule admise en doctrine et en jurisprudence (2); nous les croyons exactes l'une et l'autre, et nous nous référons à cet égard aux observations présentées aux n°s 903 et 904.

XIII. — 928. Reste à préciser la pensée de la loi en ce qui concerne les biens qui, en cas d'acceptation bénéficiaire, ne peuvent pas être atteints utilement par des inscriptions. Et ici encore nous n'avons qu'à nous référer à nos précédentes observations sur le cas où le débiteur a été déclaré en état de faillite. Ainsi, le sort des inscriptions n'étant réglé qu'au point de vue *des créanciers de la succession entre eux,* d'après le texte même de l'art. 2146, il s'ensuit, d'une part, que quiconque n'est pas créancier de la succession peut prendre utilement inscription sur les immeubles dont l'héritier bénéficiaire ne serait que tiers détenteur, et, d'une autre part, que rien n'empêcherait même les créanciers de la succession de suivre les immeubles que le défunt aurait aliénés, et de les frapper de leurs inscriptions entre les mains des tiers acquéreurs (voy. *suprà,* n°s 905 et suiv.).

2147. — Voy. *suprà,* n°s 734, 735 et 736.

2148. — Pour opérer l'inscription, le créancier représente, soit par lui-même, soit par un tiers, au conservateur des hypothèques, l'original en brevet ou une expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance au privilége ou à l'hypothèque.

---

(1) Voy. Besançon, 14 déc. 1861 (S.-V., 62, 2, 129; Dall., 62, 2, 104; *J. Pal.*, 1862, p. 621). Voy. aussi M. Verdier (*Transcr.*, n° 539). — Mais voy. MM. Troplong (*ibid.*, n° 282); Mourlon (*ibid.*, n°s 659 et suiv.); Rivière et Huguet (n° 370); Massé et Vergé sur Zachariæ (t. II, § 813, note 5); Flandin (n°s 1181 et 1182).

(2) Voy. Montpellier, 6 avr. 1859, et Req., 27 mars 1861 (S.-V., 59, 2, 593; 61, 1, 758; Dall., 59, 2, 113; 61, 1, 103; *J. Pal.*, 1859, p. 969; 1861, p. 545).

Il y joint deux bordereaux écrits sur papier timbré, dont l'un peut être porté sur l'expédition du titre : ils contiennent,

1° Les nom, prénom, domicile du créancier, sa profession s'il en a une, et l'élection d'un domicile pour lui dans un lieu quelconque de l'arrondissement du bureau;

2° Les nom, prénom, domicile du débiteur, sa profession s'il en a une connue, ou une désignation individuelle et spéciale, telle, que le conservateur puisse reconnaître et distinguer dans tous les cas l'individu grevé d'hypothèque;

3° La date et la nature du titre;

4° Le montant du capital des créances exprimées dans le titre, ou évaluées par l'inscrivant, pour les rentes et prestations, ou pour les droits éventuels, conditionnels ou indéterminés, dans les cas où cette évaluation est ordonnée; comme aussi le montant des accessoires de ces capitaux, et l'époque de l'exigibilité;

5° L'indication de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels il entend conserver son privilége ou son hypothèque (1).

Cette dernière disposition n'est pas nécessaire dans le cas des hypothèques légales ou judiciaires : à défaut de convention, une seule inscription, pour ces hypothèques, frappe tous les meubles compris dans l'arrondissement du bureau.

2149. — Les inscriptions à faire sur les biens d'une personne décédée, pourront être faites sous la simple désignation du défunt, ainsi qu'il est dit au n° 2 de l'article précédent.

2152. — Il est loisible à celui qui a requis une inscription, ainsi qu'à ses représentants, ou cessionnaires par acte authentique, de changer sur le registre des hypothèques le domicile par lui élu, à la charge d'en choisir et indiquer un autre dans le même arrondissement.

2153. — Les droits d'hypothèque purement légale de l'État, des communes et des établissements publics sur les biens des comptables, ceux des mineurs ou interdits sur les tuteurs, des femmes mariées sur leurs époux, seront inscrits sur la représentation de deux bordereaux, contenant seulement,

1° Les nom, prénom, profession et domicile réel du créancier, et le domicile qui sera par lui, ou pour lui, élu dans l'arrondissement;

2° Les nom, prénom, profession, domicile, ou désignation précise du débiteur;

3° La nature des droits à conserver, et le montant de leur valeur quant aux objets déterminés, sans être tenu de le fixer quant à ceux qui sont conditionnels, éventuels ou indéterminés.

---

(1) La loi du 10 décembre 1874 soumet à ces mêmes formes l'inscription de l'hypothèque maritime (voy. *infrà*, n°s 938, 945 et 955, aux notes).

SOMMAIRE.

I. 929. Des solennités mêmes de l'inscription. Division.

II. 930. *De ceux qui ont qualité pour requérir inscription.* C'est d'abord le créancier, même quand il n'est pas dans le plein exercice de sa capacité civile. — 931. Le droit appartient aussi aux successeurs du créancier, c'est-à-dire aux héritiers, légataires et cessionnaires; non au délégataire de la créance, tant qu'il n'a pas accepté. — 932. Il appartient également au créancier de celui qui a un droit de privilége ou d'hypothèque, mais en tant que ce créancier exerce les droits de son débiteur. — 933. Mais le conservateur n'a pas qualité pour requérir inscription dans l'intérêt du créancier. — 934. Les personnes qui ont qualité pour prendre inscription peuvent le faire par mandataire. — 935. La procuration ou le mandat n'est astreint à aucune forme, et le conservateur ne saurait exiger aucune justification, au moins quant à la forme du mandat. — 936. Il devrait obtempérer même à la réquisition de celui qui agirait comme agent d'affaires et à l'insu du créancier. — 937. Le mandataire, quand le mandat est prouvé, doit la réparation du dommage si, par sa faute, l'inscription n'a pas été effectuée. *Quid* lorsque le mandat a été donné à un notaire?

III. 938. *Des formalités à remplir pour opérer l'inscription.* Celui qui requiert inscription doit représenter au conservateur le titre d'où procède le privilége ou l'hypothèque : c'est la première condition. — 939. La condition n'est nécessaire que pour l'inscription des priviléges et des hypothèques judiciaires et conventionnelles. — 940. Mais la condition n'est pas substantielle. — 941. Quand l'accomplissement en est exigé par le conservateur, le requérant doit représenter l'*original en brevet*, ou une *expédition authentique* du jugement ou de l'acte qui donne naissance au privilége ou à l'hypothèque. — 942. De ce que la loi exige un *original en brevet*, il faut conclure qu'elle rejette les copies, et que si l'acte d'où procède le droit hypothécaire est notarié, il n'est pas nécessaire qu'il y en ait minute. — 943. Mais elle ne doit pas être prise à la lettre en ce qui concerne l'obligation de produire une *expédition authentique* : exemples et applications. — 944. Dans le cas où certains créanciers du défunt, tels que fournisseurs ou ouvriers, veulent user de la séparation des patrimoines, le conservateur doit inscrire, si la réquisition est accompagnée de mémoires ou factures établissant l'existence de la créance.

IV. 945. Le requérant doit joindre au titre deux bordereaux écrits sur papier timbré, mais dont l'un peut être porté sur l'expédition du titre; c'est la seconde condition exigée par la loi : elle est établie pour toute inscription d'hypothèque, quelle que soit la nature ou l'espèce de l'hypothèque dont l'inscription est requise. — 946. La rédaction des bordereaux est à la charge de l'inscrivant, non à celle du conservateur. — 947. Motifs pour lesquels les bordereaux doivent être rédigés en double minute : c'est dans l'intérêt respectif du conservateur et du créancier. — 948. D'où suit que les bordereaux ne sont rien vis-à-vis des tiers, en sorte que leur irrégularité ne pourrait nuire au créancier. — 949. La formalité pourrait même n'être pas observée, si le conservateur ne l'exigeait pas. — 950. Comment doit-elle être remplie quand le conservateur en exige l'accomplissement? Application littérale de la loi quand il s'agit d'inscrire une seule hypothèque dans l'intérêt d'un seul créancier. — 951. *Quid* lorsqu'il s'agit d'une inscription requise par plusieurs créanciers ayant chacun des créances distinctes, ou de plusieurs hypothèques acquises par un seul créancier? Controverse. — 952. Dans ce cas, il faut admettre le mode de procéder par bordereaux cumulatifs ou inscriptions collectives; c'est la solution indiquée au point de vue de l'économie. — 953. Elle est conforme aussi à la pensée de la loi. — 954. Le conservateur qui, d'après ce qui précède, ne pourrait exiger la division des bordereaux collectifs, pourrait-il au moins faire la division lui-même? Renvoi.

V. 955. *Des énonciations à faire dans les bordereaux et dans l'inscription :* art. 2148 en ce qui concerne les hypothèques judiciaires et conventionnelles; art. 2153 pour les hypothèques légales : l'inscription s'identifiant avec les bordereaux, on ne peut parler des bordereaux, au point de vue des énonciations, sans parler de l'inscription. — 956. Esprit dans lequel doivent être entendues et appliquées les dispositions de la loi en ce qui concerne ces énonciations, et particulièrement sur la question de savoir si tout est substantiel dans les prescriptions du Code à cet égard. — 957. Exposé et critique des divers systèmes qui se sont produits sur ce point. — 958. Suite. — 959. Conclusion : que tout n'est pas de rigueur, et que, des diverses énonciations prescrites, il n'y a de

substantielles que celles qui sont nécessaires pour éclairer les tiers. — 960. Suite. — 961. Transition à l'examen de chacune des énonciations prescrites.

VI. 962. *Désignation du créancier.* L'énonciation est prescrite tant pour l'inscription des priviléges et des hypothèques judiciaires ou conventionnelles (art. 2148) que pour l'inscription des hypothèques légales (art. 2153). — 963. Eléments constitutifs de la désignation : le créancier doit être désigné *par le nom*, ce qui doit être combiné avec les observations touchant les personnes qui ont qualité pour requérir inscription; — 964. ...Par les *prénoms* et la *profession;* — 965. ...Et par le *domicile réel :* motifs. — 966. En outre, il faut que les bordereaux et l'inscription contiennent une *élection de domicile*, pour le créancier, dans un lieu quelconque de l'arrondissement du bureau, même quand le créancier a son *domicile réel* dans l'arrondissement. — 967. Mais celui qui a requis une inscription, et ses représentants ou cessionnaires *par acte authentique*, peuvent changer sur le registre des hypothèques le domicile élu, à la charge *d'en choisir et indiquer un autre dans le même arrondissement* (art. 2152). Du mode suivant lequel le changement de domicile doit être constaté. — 968. Cette première énonciation a pour objet non pas l'intérêt des tiers, mais celui du créancier par qui ou pour qui l'inscription est requise. — 969. Par conséquent, la désignation du créancier n'est pas une des énonciations nécessaires à la validité de l'inscription. — 970. A plus forte raison faut-il dire que l'omission d'élection de domicile par le créancier n'entraînerait pas nullité de l'inscription. La jurisprudence de la Cour de cassation est contraire.

VII. 971. *Désignation du débiteur.* Elle est prescrite aussi pour l'inscription soit des priviléges, soit des trois espèces d'hypothèques. — 972. Le débiteur doit aussi être désigné par ses nom, prénoms, profession, domicile. Cependant il est permis de substituer à ces indications, si elles ne peuvent être données par le créancier, une désignation précise, telle que le conservateur puisse reconnaître, dans tous les cas, l'individu dont l'immeuble est grevé d'hypothèque. — 973. Dans le cas où l'inscription est prise sur les biens d'un débiteur décédé, elle peut être faite sous la simple désignation du défunt (art. 2149). C'est une simple faculté dont l'inscrivant peut user ou ne pas user. — 974. Et cette faculté appartient à l'inscrivant, soit qu'il ait connu, soit qu'il ait ignoré le décès du débiteur. — 975. Si l'immeuble a changé de mains quand l'inscription est requise, c'est toujours le débiteur originaire que l'inscrivant doit désigner. — 976. S'il s'agit d'un immeuble hypothéqué par le propriétaire pour garantir la dette d'autrui, c'est le propriétaire de l'immeuble qui doit être désigné, et non celui qui est personnellement obligé au payement. — 977. La désignation du débiteur est nécessaire à la validité de l'inscription. — 978. Toutefois il suffit que le débiteur soit désigné sans équivoque, c'est-à-dire qu'il n'y ait pas incertitude sur son individualité.

VIII. 979. *Indication de la date et de la nature du titre.* Cette mention n'est pas requise en ce qui concerne les hypothèques légales dont le titre est dans la loi; 980. A moins qu'il ne s'agisse de conserver les droits résultant de la subrogation consentie par une femme mariée; mais c'est là une conséquence de la loi du 23 mars 1855. — 981. C'est le titre constitutif du privilége ou de l'hypothèque qui doit être mentionné : applications diverses. — 982. Le titre doit être indiqué non-seulement par sa *date*, mais encore par sa *nature*. — 983. L'indication a pour objet de mettre les tiers en mesure de vérifier si le titre est prescrit, et quels sont les droits du créancier. — 984. Mais elle n'est pas constitutive de la publicité hypothécaire, et, par conséquent, son irrégularité ou même son omission n'entraînerait pas nullité. Controverse.

IX. 985. *Indication du montant de la créance.* Elle est substantielle et commune à toutes les hypothèques. Néanmoins il y a lieu de distinguer en ce qui concerne les éléments constitutifs, et les effets de l'insuffisance ou de l'inexactitude dans la mention. — 986. Quant à l'inscription des priviléges et des hypothèques judiciaires et conventionnelles, il y a trois choses à déclarer : le montant du capital, le montant des accessoires, l'époque de l'exigibilité. — 987. L'indication du *capital* est nécessaire; seulement, l'inexactitude ne vicie pas l'inscription, laquelle vaut pour le montant de la somme indiquée, sans préjudice du droit de faire réduire la collocation si cette somme est supérieure au montant de la dette. — 988. Si le capital n'est pas déterminé, l'inscrivant doit évaluer sa créance : renvoi. — 989. L'évaluation est requise même dans le cas où les droits éventuels et indéterminés résultent d'un jugement : controverse. — 990. Comment l'évaluation doit être faite quand il s'agit de *rentes* et de *prestations*. — 991. Les *accessoires*, second élément de l'énonciation relative à la créance, s'entendent des intérêts échus et non de ceux à échoir, et des frais

dont le créancier a pu faire l'avance, mais auxquels n'appartient pas la qualification de frais privilégiés. — 992. En ce qui concerne l'époque de l'exigibilité, troisième élément, on serait amené à penser, d'après les principes, que la mention n'en est pas nécessaire à la validité de l'inscription. — 993. Toutefois la solution contraire résulte d'une loi du 4 septembre 1807. — 994. Mais la mention d'exigibilité n'est pas nécessaire pour les arrérages ou intérêts d'un capital produisant intérêts; — 995. Et même, par rapport au capital, la mention d'exigibilité n'a pas besoin d'être faite en termes exprès. — 996. Quant à l'inscription et aux bordereaux relatifs aux droits d'hypothèque purement légale, il suffit qu'il y soit fait mention de la nature des droits à conserver et du montant de leur valeur. — 997. Lorsqu'il s'agit de l'inscription pour les créances de reprises de la femme, l'inscrivant satisfait au vœu de la loi en énonçant ces reprises sous une indication générale, sans détailler la *nature* des reprises et le montant de leur valeur. Controverse. — 998. Cela est vrai non-seulement quand l'inscription est requise par la femme elle-même, mais encore quand elle est faite par ou pour un créancier subrogé. Controverse.

X. 999. *Spécialisation des biens grevés.* — 1000. Cette indication n'est nécessaire ni pour l'hypothèque légale, ni pour l'hypothèque judiciaire, lesquelles sont générales. — 1001. Ainsi le cas prévu par la loi est celui où soit le privilége, soit l'hypothèque conservés par l'inscription affectent spécialement un ou plusieurs immeubles déterminés. Application de la règle aux divers priviléges et aux hypothèques générales lorsqu'elles ont été réduites dans les termes des art. 2140 et suivants, et 2161 et suivants. — 1002. Eléments constitutifs de l'énonciation. Renvoi. — 1003. L'énonciation est substantielle et nécessaire à la validité de l'inscription. — 1004. Mais la formule n'en est pas sacramentelle. — 1005. Confirmation de ce point par la jurisprudence.

I. — 929. Après avoir déterminé le lieu où les inscriptions hypothécaires doivent être faites, fixé les conditions de temps dans lesquelles elles doivent être prises, et précisé quelques circonstances particulières où les inscriptions, quoique faites dans les conditions déterminées, demeurent sans effet, le législateur arrive aux solennités mêmes de l'inscription. C'est l'objet des articles que nous réunissons ici, et qui sont, comme nous l'avons dit, la partie essentielle et vitale du présent chapitre.

Le législateur avait ici trois questions à résoudre : Par qui l'inscription peut-elle être requise? Comment l'action du conservateur des hypothèques doit-elle être mise en mouvement? Enfin, quelles sont les énonciations à faire dans l'inscription? Nos articles résolvent ces questions, soit virtuellement, soit d'une manière explicite.

Nous traiterons donc en premier lieu, dans les observations qui vont suivre, de ceux qui ont qualité pour requérir inscription ; et, à cette occasion, nous verrons quelles sont les conditions de la loi, soit dans le cas où les parties agissent par elles-mêmes, soit quand elles agissent par un tiers. — Nous parlerons ensuite des formalités à remplir pour opérer l'inscription, et, à ce propos, nous nous occuperons successivement de la représentation du titre au conservateur et de la remise des bordereaux. — Enfin, nous dirons quelles sont les énonciations à faire dans les bordereaux et dans l'inscription, et, sur ce point, après avoir indiqué par forme d'observations générales l'esprit dans lequel la loi doit être entendue et appliquée, et dans quelle mesure l'omission de l'une ou plusieurs de ces énonciations peut vicier l'inscription, nous traiterons successivement de la désignation du créancier, de la désignation du débiteur, de l'indication de la date et de la nature de la dette,

de la spécialisation de la créance, et de la spécialisation des biens grevés, en précisant quelles inscriptions doivent contenir toutes ces énonciations, et quelles sont affranchies des unes ou des autres.

II. — 930. Et d'abord, quand on se demande qui a droit de requérir et prendre inscription, le sens intime répond que c'est avant tout celui qui a acquis un droit réel, privilége ou hypothèque, sur un immeuble ou sur les immeubles de son débiteur. Et en effet, l'art. 2148, qui mentionne le créancier, ne prend pas même le soin de lui attribuer ce droit, mais il le suppose établi en sa personne et comme résultant de la seule qualité de créancier. Rappelons même que ce droit existe pour le créancier, encore qu'il ne soit pas dans le plein exercice de sa capacité civile. Les femmes mariées, le mineur, l'interdit, ont sans doute des représentants légaux auxquels la loi donne spécialement le mandat d'inscrire l'hypothèque légale de la femme et du pupille; nous avons vu cela dans notre commentaire des art. 2136 et suivants (voy. n° 840); mais la femme mariée, le mineur, l'interdit, n'en ont pas moins leur action personnelle, et ils peuvent agir eux-mêmes sans le consentement ni l'assistance de leurs représentants légaux, parce qu'en s'inscrivant, ils ne font pas autre chose qu'un acte de conservation (voy. *suprà*, n° 846).

931. L'art. 2148 parle du créancier seulement; mais le droit de prendre inscription compète aussi aux successeurs du créancier, c'est-à-dire aux héritiers, aux légataires, aux cessionnaires. L'inscription peut être requise par ces successeurs, soit en leur propre nom, soit au nom du créancier, sauf, dans le premier cas, à justifier, comme nous le dirons tout à l'heure en nous occupant de la remise du titre et du contenu aux bordereaux, des actes établissant leur qualité. Ceci n'a fait difficulté que sur le point de savoir si, lorsque le successeur est un cessionnaire, il peut valablement prendre l'inscription, *en son nom,* avant la signification du transport au débiteur. Un premier arrêt de la Cour de Paris s'était prononcé pour la négative, en donnant aux créanciers du débiteur cédé le droit de faire annuler l'inscription, dans ce cas, comme prise *à non domino* (1). Mais la même Cour n'a pas tardé à rétracter cette fausse doctrine (2); et les auteurs, comme la jurisprudence, sont unanimes aujourd'hui pour reconnaître que si la loi pose en principe que le cessionnaire n'est saisi qu'après signification du transport, cela n'a d'intérêt qu'au point de vue du payement et afin d'empêcher que le débiteur se libère entre les mains du cédant, mais que cela est indifférent au point de vue de l'inscription, laquelle, étant un acte purement conservatoire, peut être faite par le cessionnaire, soit en son nom, soit au nom du cédant, et cela quelle que soit la situation, c'est-à-dire en son nom même avant toute signification de la cession au débiteur, et au nom du cédant même après la notification au débiteur cédé (3).

---

(1) Voy. Paris, 10 vent. an 12. — Voy. aussi Toulouse, 2 janv. 1841 (S.-V., 41, 2, 465; Dall., 42, 2, 114).

(2) Voy. Paris, 13 vent. an 13.

(3) Voy. Req., 25 mars 1816, 11 août 1819, 16 nov. 1840; Bourges, 12 févr. 1841

Toutefois il en est ainsi seulement dans le cas où il s'agit d'un transport véritable, d'une cession consommée de la créance; et les arrêts tiennent avec raison que le créancier au profit duquel aurait été faite une simple délégation ou une indication de payement, dans un acte où il n'aurait pas été partie, ne pourrait pas, tant qu'il n'aurait pas accepté la délégation, prendre utilement inscription sur les biens du débiteur délégué (1).

932. Après les *successeurs* du créancier privilégié ou hypothécaire, viennent ses *créanciers :* ils ont aussi le droit de requérir inscription. L'art. 2148 du Code civil ne le dit pas; mais cela s'induit d'abord du principe général posé dans l'art. 1166 du même Code, et la conséquence est expressément formulée dans l'art. 778 du Code de procédure, aux termes duquel « tout créancier peut prendre inscription pour conserver les droits de son débiteur. » Quelques auteurs enseignent même, en se fondant sur ce que ce dernier article ne prescrit aucune forme nouvelle pour les inscriptions prises par un créancier pour conserver les droits de son débiteur, que le créancier peut, en ce cas, requérir l'inscription *en son propre nom* (2). Qu'il en puisse être ainsi lorsque le créancier est devenu propriétaire de la créance, nous l'admettons; et il résulte d'un arrêt que le créancier qui a saisi-arrêté entre les mains d'un tiers une créance hypothécaire due à son débiteur devient, par l'effet du jugement qui déclare cette saisie valable et ordonne au tiers saisi de vider ses mains entre celles du saisissant, propriétaire de la créance saisie-arrêtée, de telle sorte qu'il peut, *en son propre nom,* prendre ou renouveler l'inscription pour la conservation de cette créance, sans qu'il soit nécessaire que l'inscription soit prise au nom du débiteur au préjudice duquel a eu lieu la saisie-arrêt (3). Mais en dehors de là, le créancier qui use du bénéfice de l'art. 778 du Code de procédure agit évidemment au nom et comme représentant de son débiteur. L'inscription qu'il prend équivaut à une sorte d'opposition qui milite non pas seulement dans son intérêt, mais encore dans celui des autres créanciers, puisque ce même article exige que le montant de la collocation du débiteur soit distribué, comme chose mobilière, entre tous les créanciers inscrits ou opposants avant la clôture de l'ordre. Il convient donc que l'inscription soit prise, non pas au nom du créancier par lequel elle est requise, mais au nom du débiteur dont ce créancier exerce les droits. C'est la marche indiquée par l'administration de l'enregistrement dans les instructions qu'elle donne à ses préposés (4).

933. Enfin, parmi les personnes ayant qualité pour faire une inscrip-

---

(S.-V., 40, 1, 961; 41, 2, 618; Dall., 41, 1, 8; 42, 2, 96). Voy. aussi MM. Delvincourt (t. III, p. 564); Duranton (t. XX, nº 95); Zachariæ (t. II, p. 156, note 8); Duvergier (*De la Vente,* t. II, nº 204); Troplong (*ibid.*, nº 894, et *Des Hyp.*, nº 365); Martou (nº 1852).

(1) Voy. Cour de cass, 21 févr. 1810; Metz, 24 nov. 1820; Aix, 27 juill. 1846; Cass., 7 mars 1865 (S.-V., 46, 2, 443; 65, 1, 165; *J. Pal.*, 1865, p. 389; Dall., 65, 1, 121).

(2) Voy. Tarrible (vº Inscript. hyp., § 5, nº 5, *in fine*); Persil (art. 2148, nº 3).

(3) Voy. Req., 20 mai 1839 (S.-V., 39, 1, 785; Dall., 39, 1, 240).

(4) Voy. notamment l'Instr. du 3 pluviôse an 13. — Voy., dans le même sens, MM. Duranton (t. XX, nº 90); Martou (nº 1054).

tion hypothécaire dans l'intérêt d'autrui, on a rangé parfois le conservateur des hypothèques; la Cour de cassation a décidé expressément que ce fonctionnaire peut prendre, dans l'intérêt d'un créancier, *et sans réquisition de sa part,* une inscription pour la conservation d'une hypothèque conventionnelle; et plus récemment, un arrêt de la Cour d'Agen s'est prononcé dans le même sens (1). Toutefois, distinguons : si ces arrêts ont voulu dire que, abstraction faite de ses fonctions, le conservateur des hypothèques peut, remplissant en quelque sorte un office d'ami, agir pour un créancier absent ou empêché par un autre motif quelconque d'agir lui-même, et prendre, même sans mandat, une inscription hypothécaire pour conserver les droits de ce créancier, on ne peut qu'en approuver la doctrine; car nous verrons, par les numéros suivants, que les tiers sont admis, sans distinction aucune, à faire ou à requérir, même sans mandat, une inscription hypothécaire dans l'intérêt d'autrui. Mais la solution serait inexacte, à notre avis, si les arrêts précités avaient entendu décider que le conservateur des hypothèques trouve dans sa qualité même le droit d'agir d'office et de faire des inscriptions hypothécaires indépendamment de toute réquisition.

Le conservateur des hypothèques est, en ce qui concerne les inscriptions hypothécaires, ce qu'est le notaire par rapport aux conventions qui se forment devant lui : il les constate et n'en prend pas l'initiative. Dans un cas particulier et tout exceptionnel, ce fonctionnaire peut, et même il doit prendre une inscription d'office : c'est lorsqu'il est présenté à la transcription un contrat de vente constatant que la totalité ou partie du prix est due au vendeur. Dans ce cas, et aux termes de l'article 2108, dont nous avons donné plus haut le commentaire (voy. nos 255 et suiv.), le conservateur est tenu, sous peine de tous dommages et intérêts envers les tiers, de faire d'office l'inscription sur ses registres des créances résultant de l'acte translatif de propriété, tant en faveur du vendeur qu'en faveur des prêteurs. Mais remarquons bien que l'inscription dont il s'agit dans cette disposition de la loi n'est pas même une inscription hypothécaire proprement dite, c'est-à-dire un acte produisant les effets juridiques qui s'attachent à l'inscription; elle a pour objet, non pas de conserver le privilége du vendeur, lequel est conservé par le seul effet de la transcription du contrat de vente, mais seulement d'avertir les tiers de l'existence du privilége (voy. *suprà,* n° 268). Remarquons en outre, et dans tous les cas, que la disposition de l'art. 2108 est tout à fait exceptionnelle, et que pas un autre article, pas même parmi ceux qui pourvoient à la conservation des hypothèques légales des mineurs et des femmes mariées (voy. n° 844), ne donne au conservateur mission d'agir d'office et d'inscrire au nom et dans l'intérêt du créancier. Il en faut conclure qu'en dehors du cas exceptionnellement prévu par l'art. 2108 du Code civil, l'action du conservateur des hypothèques ne saurait être mise en mouvement

(1) Rej., 13 juill. 1841 (Dall., 41, 1, 295; S.-V., 41, 1, 731; *J. Pal.,* à sa date); Agen, 4 janv. 1854 (*J. Pal.,* 1855, t. I, p. 91).

que par une réquisition formelle émanant soit du créancier lui-même, soit de ceux qui ont qualité pour requérir l'inscription en son nom. C'est la doctrine que nous avons soutenue plus haut en établissant, sur l'autorité d'un arrêt de la Cour de Poitiers, qu'une inscription prise d'office par le conservateur ne profiterait pas au créancier si elle était faite hors des cas et des termes posés par l'art. 2108 (voy. n° 270); et la Cour de Nîmes lui a prêté un nouvel appui en décidant que le conservateur des hypothèques n'a pas qualité pour inscrire d'office les hypothèques conventionnelles, même les hypothèques stipulées dans un acte de donation d'immeubles présenté à la transcription (1).

934. Les personnes qui ont qualité pour prendre ou requérir une inscription hypothécaire agissent valablement par un tiers aussi bien que par elles-mêmes : cela s'induit du texte de l'art. 2148. Nous avons vu déjà que ceux qui sont investis d'un mandat légal à l'effet d'administrer les biens et quelquefois la personne d'incapables ou de créanciers empêchés d'agir par eux-mêmes peuvent ou même doivent donner la publicité aux créances privilégiées ou hypothécaires de ces incapables ou de ces créanciers : c'est un point réglé par les art. 2136 et suivants ci-dessus expliqués. Ce n'est plus de cela qu'il s'agit maintenant : la loi dispose ici dans d'autres prévisions; elle suppose le créancier privilégié ou hypothécaire parfaitement capable d'agir par lui-même, et néanmoins elle admet que, dans l'accomplissement de l'acte conservatoire qui consiste à prendre inscription, ce créancier peut être représenté par un tiers, mandataire ou ami.

935. Mais la loi ne précise rien en ce qui concerne la forme du mandat ou de la procuration. On en a conclu généralement, et avec beaucoup de raison, que cette procuration ou ce mandat n'est astreint à aucune forme, et, par suite, que le conservateur des hypothèques, lorsqu'il est requis par un tiers de porter une inscription sur ses registres, n'a qu'à prêter son ministère sans qu'il ait à exiger aucune justification, au moins quant au pouvoir de celui qui requiert, la procuration fût-elle tacite ou même verbale (2).

936. Il y a mieux : le conservateur devrait obtempérer à la réquisition de celui qui agirait comme simple gérant d'affaires et à l'insu du créancier. Sur ce dernier point, cependant, M. Tarrible a émis quelques doutes, prétendant qu'en examinant de près la nature des affaires qui sont susceptibles d'être gérées par autrui, on a de la peine à faire entrer dans cette classe l'inscription d'une créance appartenant à autrui (3). Mais, en définitive, l'auteur finit par reconnaître que lorsqu'un créancier, confiant dans la solvabilité de son débiteur, a différé

---

(1) Nîmes, 29 nov. 1854 (S.-V., 55, 2, 512). Voy. aussi Colmar, 30 mai 1865 (*J. Pal.*, 1865, p. 1279; S.-V., 65, 2, 348).

(2) Voy. Bourges, 12 févr. 1841 (S.-V., 41, 2, 617; Dall., 42, 2, 96; *J. Pal.*, à sa date). — *Junge :* MM. Duranton (t. XX, n° 88); Baudot (n° 217); Zachariæ (t. II, p. 157); Troplong (n° 673); Martou (n° 1050).

(3) Voy. M. Tarrible (v° Inscript. hyp., *loc. cit.*).

par ménagement de faire son inscription, s'il arrive que pendant l'absence de ce créancier ses parents ou ses amis fassent inscrire parce que, par exemple, des événements sont venus annoncer qu'il n'y avait pas un moment à perdre pour consolider la créance, il serait bien difficile de quereller l'inscription. Et en effet, où serait, dans une inscription formulée conformément aux prescriptions de la loi, la mention qui pourrait signaler la personne par qui la réquisition aurait été faite?

937. Du reste, dans tous les cas où le tiers a reçu mandat des créanciers de prendre inscription, ce tiers, pourvu que le mandat soit prouvé, engage sa responsabilité, et doit la réparation du dommage si, par sa faute, l'inscription n'a pas été effectuée. Ceci ne peut souffrir aucune difficulté.

Mais il y a un cas particulier dans lequel la jurisprudence a fait une application exagérée de cette règle : c'est le cas où un acte constitutif d'hypothèque ou de privilége a été reçu par un notaire, qui s'est abstenu ensuite de conserver, par l'inscription, les droits résultant, en faveur des parties, de l'acte qu'il a reçu. On sait que la Cour de Paris suppose le mandat dans ce cas, ou même qu'allant plus loin, et posant en principe que le notaire est le mandataire obligé de la partie pour tout ce qui de près ou de loin se rattache à l'acte qu'il reçoit, elle décide que, comme conseil des parties qui recourent à son ministère, le notaire est chargé d'assurer l'efficacité de ses actes, et, partant, qu'il est responsable s'il néglige de prendre l'inscription des hypothèques stipulées dans un acte par lui reçu (1). Nous avons combattu ailleurs (2) cette doctrine qui, nous le répétons, ne trouve pas plus d'appui dans le droit général que dans la loi sur le notariat. C'est seulement, comme nous l'avons établi, lorsqu'ils sont spécialement chargés des suites de l'opération, et quand ils ont reçu et accepté le mandat de s'en occuper, que les notaires sont tenus de veiller à l'accomplissement des formalités nécessaires pour la conservation des droits des parties. En dehors de ce mandat conventionnel et spécial, les notaires n'ont d'autre obligation que celle de recevoir, dans les conditions et suivant les formes déterminées par la loi de leur institution, tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent donner le caractère authentique. A cela se borne leur mission, et hors de là leur responsabilité ne saurait être engagée (voy. aussi *suprà*, n° 292).

Sans insister davantage sur ce point, nous passons au second objet de nos articles, c'est-à-dire aux formalités à remplir pour opérer l'inscription. Nous avons à nous occuper distinctement ici de la représentation du titre et de la remise des bordereaux.

III. — 938. Le créancier requérant inscription doit représenter au conservateur des hypothèques le titre d'où procède l'hypothèque ou le

(1) Voy. Paris, 21 mai 1851, 27 août 1852, 22 juin 1853, 14 janv. 1854.
(2) Voy. *Rev. crit.* (t. VII, p. 35 et suiv.). Voy. aussi notre Traité-Commentaire des *Petits Contrats* (t. I, n°s 839 et 840, 853 et 854).

privilége. C'est la première condition à remplir (1). Sur quoi nous avons à dire si cette condition peut être exigée dans tous les cas où une inscription est requise, si elle doit être remplie à peine de nullité de l'inscription, et enfin comment elle doit être accomplie.

939. Après ce que nous savons sur le principe et le caractère des diverses hypothèques admises et définies par la loi, il est à peine nécessaire de dire que cette condition de la représentation du titre ne pouvait pas être exigée dans tous les cas. Par exemple, l'État, les communes et les établissements publics, auxquels la loi attribue une hypothèque sur les biens des comptables; les femmes mariées et les mineurs ou interdits, dont les créances sont garanties sur les biens des maris ou des tuteurs, ont leur titre hypothécaire dans la loi elle-même ; leur hypothèque, qualifiée *légale,* a son principe dans la loi d'où elle découle directement (voy. n° 322) ; celui qui requiert l'inscription d'une telle hypothèque n'a donc pas de titre à représenter. Aussi l'art. 2153, qui règle les solennités de l'inscription en ce qui concerne les droits d'hypothèque purement légale, ne parle-t-il en aucune manière de la représentation du titre au conservateur; la formalité est indiquée seulement dans l'art. 2148, qui a trait à l'inscription des priviléges et des hypothèques judiciaires et conventionnelles.

940. Disons même que, dans le cas de l'art. 2148, l'accomplissement de cette formalité n'est pas une condition substantielle de la validité de l'inscription : le conservateur des hypothèques peut bien ne pas céder à la réquisition du créancier qui veut faire opérer l'inscription sans représenter le titre; mais, s'il obtempère à la réquisition, l'inscription n'est pas annulable par cela seul que le titre n'a pas été représenté. La Cour de cassation a consacré le principe dans une espèce remarquable où les juges du fond avaient cru devoir annuler l'inscription en ce qu'elle avait été prise sur la représentation, non pas du titre, mais d'une signification d'huissier contenant copie du titre. Cette décision a été cassée (2), par ce motif que le législateur n'ayant prescrit aucune mesure pour constater l'accomplissement de la formalité, on doit en induire qu'il ne l'a pas considérée comme substantielle. C'est l'avis qui prévaut en doctrine et en jurisprudence (3), et il faut s'y tenir d'autant plus que cette production du titre, bonne tout au plus pour éclairer le conservateur sur l'existence apparente du privilége ou de l'hypothèque dont l'inscription est requise, est, au fond, sans aucun intérêt pour les

(1) Il en est de même pour l'inscription de l'hypothèque maritime, d'après la loi du 10 décembre 1874. « Pour opérer l'inscription, porte l'art. 8, § 1, il est présenté, au bureau du receveur des douanes, un des originaux du titre constitutif d'hypothèque, lequel y reste déposé s'il est sous seing privé ou reçu en brevet, ou une expédition s'il en existe une. »

(2) Voy. Cass., 18 juin 1823.

(3) Voy. Riom, 6 mai 1809; Rej., 19 juin 1833 (S.-V., 33, 1, 641). — Voy. aussi MM. Tarrible et Merlin (*Rép.*, v° Inscript. hyp., § 5, n° 6, et § 8 *bis*, n° 15; Persil (art. 2108, n° 4); Duranton (t. XX, n°s 91 et 98); Zachariæ (t. II, p. 167, note 1); Troplong (n° 677); Taulier (t. VII, p. 337). — La question se présente encore à l'occasion du renouvellement d'inscription. Voy. *infrà* le commentaire de l'art. 2154.

tiers. En définitive, l'inscription ne conservera le droit hypothécaire qu'à la condition que le créancier sera fondé en titre; le titre devra donc apparaître lorsque plus tard les créanciers auront à se partager le prix du gage hypothécaire, et, s'il n'apparaît pas, l'inscription tombera, et le créancier, dont le conservateur aura accepté la parole ou la simple déclaration non appuyée de la production du titre, cédera le pas à tous les créanciers inscrits après lui.

Néanmoins, il résulte d'une décision ministérielle reproduite dans l'instruction générale, n° 2309, de l'administration de l'enregistrement, que hors les cas d'exception relatés dans l'instruction n° 1453 de l'administration (c'est-à-dire, 1° les inscriptions de créances antérieures à la loi du 11 brumaire an 7, 2° les inscriptions d'hypothèques légales, 3° les inscriptions requises par les agents et syndics d'une faillite, 4° les renouvellements d'inscriptions de toute nature), les conservateurs doivent exiger la représentation des titres en vertu desquels il est pris inscription, et certifier, par une mention spéciale sur le registre de dépôt, que ces titres leur ont été représentés (1).

941. Il reste maintenant à dire comment la formalité doit être remplie quand le conservateur en exige l'accomplissement. A cet égard, l'art. 2148 exprime que le créancier, ou le tiers qui agit à sa place, représentera *l'original en brevet* ou une *expédition authentique* du jugement ou de l'acte qui donne naissance au privilége ou à l'hypothèque. Toutefois, ces expressions de la loi ont besoin d'être précisées.

942. Ainsi, la loi parle de *l'original en brevet :* nous en concluons que, par là, le législateur a entendu rejeter les copies, et, partant, que le conservateur requis d'opérer une inscription est en droit d'exiger que le requérant lui représente le titre même qui donne naissance au privilége ou à l'hypothèque. Mais, d'une autre part, nous prenons à la lettre ces expressions de la loi, et nous en concluons que lorsque l'acte d'où procède l'hypothèque est un acte notarié, il n'est pas nécessaire que cet acte porte minute, et, par conséquent, que lorsqu'une réquisition d'inscription est accompagnée de la production d'un original *en brevet,* le conservateur doit procéder, et n'a pas de plus ample justification à demander. Cette induction est contredite pourtant par quelques auteurs, en ce qu'il en résulterait que les notaires seraient autorisés à recevoir en brevet les conventions emportant hypothèque, contrairement à l'art. 20 de la loi du 25 ventôse an 11, qui prescrit aux notaires de garder minute des actes qu'ils reçoivent, sans faire d'exception pour les conventions d'hypothèque (2). Mais nous avons montré plus haut que cette prétention n'est pas justifiée, et qu'en l'absence de toute disposition, dans le titre *Des Priviléges et Hypothèques,* qui dise de la constitution d'hypothèque, comme l'art. 931 du Code civil le dit des actes portant donation, qu'il en restera minute à peine de nullité, les conventions d'hypothèque doivent être validées quoique reçues en

(1) Déc. min. du 11 févr. 1865, Instr. gén. du 13 avr. 1865 (S.-V., 66, 2, 35; *J. Pal.,* 1866, p. 111).

(2) Voy. M. Duranton (t. XX, n° 98). *Junge :* M. Martou (n° 1057).

brevet (voy. *suprà,* n° 665). Cela étant, notre proposition se trouve justifiée.

943. En second lieu, la loi parle d'une *expédition authentique* du jugement ou de l'acte : mais ici nous ne pensons pas que la disposition doive être prise à la lettre. Sans cela, il s'en induirait que le conservateur serait toujours en droit d'exiger, soit une expédition du jugement pour l'inscription de l'hypothèque judiciaire, soit des actes notariés pour l'inscription des hypothèques conventionnelles et des priviléges. Or, sous l'un et l'autre rapport, l'induction doit être rejetée.

D'une part, quant à l'hypothèque judiciaire, nous savons déjà que, soit qu'elle résulte d'un jugement contradictoire, soit qu'elle résulte d'un jugement par défaut, l'inscription en est faite valablement, bien que le jugement n'ait été encore ni enregistré, ni signifié, ni même *expédié* (*suprà,* n° 596) : d'où suit que lorsque le créancier vient au conservateur avec la minute même du jugement, celui-ci ne serait pas fondé à refuser d'inscrire sous prétexte qu'on ne lui représente pas l'expédition.

D'une autre part, quant à l'hypothèque conventionnelle, nous savons que si en principe elle ne peut être consentie que par un acte passé en forme authentique devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins (art. 2127), cependant la stipulation d'hypothèque, quoique faite dans un acte sous seing privé, produit tout son effet lorsque cet acte a été déposé chez un notaire, qui a dressé procès-verbal du dépôt (*suprà,* n° 661) : en sorte que si le créancier requiert l'inscription d'une hypothèque conventionnelle en produisant, pour titre unique, un acte sous seing privé, mais déposé, le conservateur ne pourrait pas se dispenser de déférer à la réquisition sous prétexte que l'acte représenté n'est pas un acte notarié.

Enfin, quant aux priviléges, c'est plus encore : quelques-uns résultent d'une situation, et n'ont pas, à proprement parler, de titre sur lequel ils reposent : tels sont la plupart des priviléges de l'art. 2101, qui affectent subsidiairement les immeubles du débiteur (voy. *suprà,* n°s 242 et suiv.); d'autres naissent d'un événement qui, dans les principes de notre loi civile, peut être constaté très-valablement par un acte sous seing privé : tel est, par exemple, le privilége du vendeur, qui n'a pas besoin, plus que la vente qui l'engendre, du secours d'un acte authentique; tel encore le privilége du copartageant, qui peut très-bien résulter d'un acte de partage fait sous signature privée; tel aussi le privilége, ou le droit réel qualifié privilége, que les créanciers ou légataires demandant la séparation des patrimoines peuvent conserver sur les immeubles de la succession (art. 2111); etc. — Nous n'avons pas à parler ici de l'inscription des priviléges de l'art. 2101, puisqu'une disposition formelle de la loi les dispense d'inscription (art. 2107; voy. *suprà,* n°s 288 et 313). Mais, quant aux autres, les termes dont se sert l'art. 2148 ne sauraient tirer à conséquence : évidemment, si le vendeur se présentait à la transcription avec l'acte sous seing privé par lequel il a consenti la vente de son immeuble; si le copartageant

requérait l'inscription en produisant l'acte sous seing privé portant partage; si les légataires ou les créanciers chirographaires du défunt demandaient à s'inscrire en produisant le testament olographe qui aurait institué les premiers, ou des reconnaissances établissant la créance des seconds, il ne serait pas permis au conservateur de se refuser à opérer la transcription ou l'inscription par le motif que le créancier ne lui produit pas l'*expédition authentique* dont parle la loi.

944. Ces divers points sont admis, d'ailleurs, par la généralité des auteurs. Un seul est mis en doute, non pas quant au principe même, mais, si nous pouvons ainsi dire, quant au moyen d'exécution : c'est le cas où certains créanciers chirographaires du défunt (tels que fournisseurs, ouvriers), demandent la séparation des patrimoines. Quelques auteurs enseignent que ces créanciers, à l'exemple de celui qui veut saisir sans avoir de titre, doivent se pourvoir, devant le président du tribunal de l'ouverture de la succession, à l'effet d'obtenir une ordonnance portant évaluation provisoire de la créance, avec permission de prendre inscription, et produire ensuite cette ordonnance à l'appui de la réquisition d'inscription (1). Nous ne croyons pas à la nécessité de cette ordonnance, dont la production, d'ailleurs, ne répondrait pas à l'exigence de la loi; car, ce que notre article demande, c'est l'expédition authentique du jugement ou de l'acte *qui donne naissance au privilége ou à l'hypothèque*. Or, ce ne serait pas l'ordonnance du président qui donnerait naissance au droit réel dont il s'agit ici. Il faut donc s'en tenir à la solution du numéro précédent, et reconnaître que lorsque les créanciers qui veulent user du bénéfice de la séparation des patrimoines sont des fournisseurs ou des ouvriers auxquels il serait presque toujours impossible de produire un titre authentique, le conservateur doit obtempérer à la réquisition et opérer l'inscription, si cette réquisition est appuyée par le requérant de mémoires, de factures, ou de tous autres documents établissant l'existence apparente de son droit.

IV. — 945. La loi ne s'en tient pas à exiger la représentation du titre : l'inscrivant y doit joindre *deux bordereaux écrits sur papier timbré, mais dont l'un pourtant peut être porté sur l'expédition du titre*. C'est la seconde formalité à remplir (2).

Mais il faut prendre garde qu'il n'en est pas de cette seconde formalité comme de la première. Celle-ci, nous venons de le voir, n'est prescrite que par l'art. 2148, et, par conséquent, elle est demandée pour l'inscription des hypothèques conventionnelles et judiciaires, seules hypothèques que ce dernier article ait en vue avec les priviléges (voy.

(1) Voy. MM. Duranton (t. XX, n° 99); Poujol (art. 878, n° 17).

(2) De même, d'après le § 2 de l'art. 8 de la loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime, « il est joint deux bordereaux *signés par le requérant*, dont l'un peut être porté sur le titre présenté... » Seulement, la loi spéciale impose une obligation qui n'est pas exigée pour l'hypothèque foncière, la signature des bordereaux par le requérant (voy. *infrà*, n° 947). Elle est imposée d'une manière générale, et, par conséquent, soit que l'hypothèque ait été constituée par acte authentique, soit qu'elle ait été constituée par acte sous seing privé. Voy. M. T. Morel (n° 83).

n° 939). Au contraire, la représentation des deux bordereaux est prescrite non-seulement par l'art. 2148, paragraphe 2, mais encore par l'art. 2153 (voy. le § 1 dudit article), qui règle en particulier les solennités relatives à l'inscription des droits d'hypothèque purement légale. Ainsi, cette seconde formalité, dont nous avons maintenant à nous occuper, est de droit commun en matière hypothécaire; ou, en d'autres termes, elle est établie d'une manière générale pour toute inscription, quelle que soit la nature ou l'espèce de l'hypothèque dont l'inscription est requise.

Nous aurions à nous demander ce que les bordereaux doivent contenir; mais c'est là le troisième objet et l'objet principal de nos articles; nous y arriverons tout à l'heure. Avant cela, nous avons à dire : — par qui et pourquoi des bordereaux doivent être rédigés, et par suite à expliquer la disposition qui prescrit la présentation des bordereaux en double minute; — ensuite, dans l'intérêt de qui la formalité est établie, et dès lors à rechercher si elle est, plus que la représentation du titre, essentielle à la validité de l'inscription; — enfin, comment la formalité doit être remplie, ce qui nous fera reconnaître quelle est la valeur des bordereaux cumulatifs; ou, en d'autres termes, s'il suffit d'un seul bordereau en double minute, soit lorsque le débiteur a conféré hypothèque sur un même immeuble et par un seul acte à divers créanciers, soit lorsqu'un créancier a reçu plusieurs sûretés hypothécaires à raison d'une même créance.

946. Les bordereaux, résumé sommaire de ce que porte l'acte constitutif du privilége ou de l'hypothèque, et type même de l'inscription, doivent être présentés tout rédigés au conservateur par le requérant. Celui-ci les rédige lui-même s'il peut et sait le faire, et, sinon, les fait rédiger par telle personne à laquelle il lui plaît de confier ce soin. Cette tâche, on le comprend, ne pouvait être imposée au conservateur des hypothèques, dont elle aurait aggravé outre mesure et sans raison les chances de responsabilité. Comment le conservateur eût-il été assuré de se mettre à couvert si, n'ayant à sa disposition que le titre constitutif de l'hypothèque ou du privilége, il eût été obligé d'y rechercher et d'en extraire les énonciations nécessaires à l'inscription? Même, le titre étant régulier, l'attention du conservateur y pourrait être trompée; et si les énonciations, comme cela n'arrive que trop souvent, en étaient obscures, insuffisantes ou fautives, comment le conservateur s'y prendrait-il pour donner, dans des conditions satisfaisantes, la publicité de ses registres à l'hypothèque ou au privilége à conserver? La loi ne pouvait vouloir placer le conservateur dans cette situation difficile et périlleuse : elle a donc laissé le soin à l'inscrivant de dresser lui-même ou de faire dresser ses bordereaux. Il les écrit sur papier timbré, les dresse en double minute, dont l'une, d'ailleurs, peut être portée sur l'expédition du titre; il remet le tout au conservateur. Et puis, celui-ci doit, d'après l'art. 2150, dont nous présentons plus loin le commentaire, transcrire sur ses registres le contenu aux bordereaux, et remettre au

requérant, tant le titre, ou l'expédition du titre, que l'un des bordereaux, au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription. Quant au second bordereau, il reste aux mains du conservateur.

947. Telle est l'économie de la loi : elle fait pressentir les motifs pour lesquels le législateur a voulu qu'une même inscription eût deux bordereaux, ou plutôt qu'un même bordereau fût rédigé en double minute. Évidemment la loi se préoccupe en cela de la responsabilité du conservateur des hypothèques et de la garantie du créancier. Elle veut que l'un et l'autre restent nantis d'une pièce probante pour que, si l'inscription vient plus tard à être annulée, on puisse aisément résoudre la question de responsabilité que l'annulation ne manquera pas de soulever, c'est-à-dire mettre la responsabilité à la charge du conservateur si, toute comparaison faite entre l'inscription qui doit être la reproduction du bordereau et le bordereau lui-même, il en résulte que le bordereau n'a pas été fidèlement reproduit par le conservateur sur son registre, ou la laisser à la charge du créancier si, après l'examen comparatif, il est constaté que l'inscription, quoique irrégulière, est cependant la reproduction exacte et fidèle du bordereau.

Ces motifs, toutefois, avaient échappé à ceux qui les premiers s'occupèrent de la réforme hypothécaire, dont les projets ont été discutés chez nous de 1849 à 1851. On voit, notamment, que l'organe de la commission instituée par le gouvernement proposait de rejeter le second bordereau « comme inutile et encombrant », en ce qu'il ne serait pièce probante ni justificative pour personne, pas plus pour le conservateur que pour les requérants auxquels le bordereau remis avec mention de l'inscription suffisait pleinement (1). Telle avait été aussi la première pensée de la commission nommée plus tard au sein de l'Assemblée législative. Mais cette idée n'avait pas prévalu. Le conseil d'État d'abord, et ensuite la commission de l'Assemblée législative elle-même, revenant aux motifs dont les rédacteurs du Code civil s'étaient inspirés, avaient reconnu que le second bordereau, celui qui reste aux mains du conservateur, a aussi son utilité, non-seulement comme pièce de comptabilité, mais encore comme pièce probante dans le cas où la question de responsabilité serait engagée. C'est pourquoi les derniers projets avaient maintenu la disposition qui exige deux bordereaux pour une même inscription, ou deux minutes pour un même bordereau (2).

Ces projets ajoutaient même à la disposition, en ce sens qu'ils exigeaient la signature des bordereaux par le requérant (3). A la vérité, quelques auteurs soutiennent que les bordereaux, même sous l'empire du Code civil, doivent être signés (4), et, de fait, la pratique est assez généralement conforme. Toutefois, le Code n'exige pas la signature, et c'est précisément parce qu'il ne l'exige pas que les projets de réforme y avaient voulu suppléer par une disposition formelle. Mais en

(1) Voy. le rapport de M. Persil (p. 176).
(2) Voy. le rapport de M. Bethmont (p. 110).
(3) Voy. l'art. 2152 de la rédaction préparée pour la troisième délibération.
(4) Voy. MM. Baudot (*Formal. hyp.*, n° 321); Martou (n° 1062 *bis*).

l'absence de cette disposition, il n'y a de signature obligée, dans l'état actuel de la loi, que celle du conservateur au bas du bordereau qu'il doit remettre à l'inscrivant (art. 2150) : quant à celui-ci, il n'est tenu de signer aucun des bordereaux, et le conservateur lui-même n'a pas à mettre sa signature sur celui des deux bordereaux qu'il retient (1).

948. En définitive, la présentation des bordereaux a été requise, comme on vient de le voir, uniquement dans l'intérêt respectif du conservateur et du créancier. De là une conséquence : c'est que les bordereaux ne sont rien vis-à-vis des tiers, qui, eux, n'ont qu'une seule chose à voir, l'inscription portée sur les registres du conservateur. Ainsi, quand l'inscription est régulière, il serait complétement indifférent qu'il y eût dans les bordereaux des lacunes ou des irrégularités : les tiers ne pourraient pas s'en prévaloir pour enlever au créancier inscrit le bénéfice d'une inscription où l'on trouverait rectifiées ou complétées les énonciations du bordereau. Réciproquement, si l'inscription était irrégulière, il importerait peu que les bordereaux fussent d'une régularité parfaite : la régularité des bordereaux ne couvrirait pas, au regard des tiers, l'irrégularité de l'inscription.

949. Il y a mieux : la formalité pourrait même n'être pas remplie du tout sans péril pour l'inscription. Il en est, à cet égard, de la remise des bordereaux au conservateur comme de la représentation du titre (voy. *suprà,* n° 940) : elle n'est pas substantielle ou nécessaire à la validité de l'inscription. M. Tarrible a écrit le contraire, sans insister toutefois, et sans le démontrer (2) : la démonstration, en effet, n'en eût pas été possible. Dès que la formalité est requise uniquement dans l'intérêt du conservateur et du créancier, il est évident que les tiers, suffisamment éclairés par l'extrait du registre, ne pourraient exciper du droit d'autrui pour faire tomber une inscription portée sur ses registres par le conservateur, ni invoquer le défaut d'existence ou de présentation des bordereaux dont parlent nos articles (3). On conçoit donc que le conservateur tienne à la formalité et qu'il en exige l'accomplissement, parce que les bordereaux lui facilitent son travail en le dispensant d'aller rechercher minutieusement dans le titre les énonciations nécessaires à l'inscription qu'il doit faire. Mais s'il consent à recevoir le dire du créancier; si, écrivant en quelque sorte sous la dictée de la partie intéressée, il accepte des déclarations verbales sans exiger la représentation d'un écrit où toutes les énonciations seraient sommairement indiquées, c'est son affaire et celle du créancier : les tiers n'ont pas à y redire.

950. Maintenant, quand le conservateur, s'en tenant à la lettre de la loi, exige l'accomplissement de la formalité, jusqu'où peuvent aller ses exigences? Ceci est sans aucune difficulté s'il s'agit d'inscrire une seule hypothèque dans l'intérêt d'un créancier qui l'a obtenue. Le conserva-

---

(1) Voy. M. Tarrible (*Rép.*, v° Inscript. hyp., § 5, n° 13, *in fine*).
(2) Voy. M. Tarrible (*Rép.*, v° Inscript hyp., § 5, n° 7).
(3) Ce sont les termes de l'arrêt déjà cité de la Cour de cassation du 13 juillet 1841 (Dall., 41, 1, 296).

teur exigera la représentation d'un bordereau rédigé en double minute, ou, selon l'expression de la loi, l'adjonction au titre de deux bordereaux écrits sur papier timbré, sauf à admettre que l'un de ces bordereaux soit porté sur l'expédition du titre.

951. Mais supposons que l'inscription soit requise par plusieurs créanciers ayant chacun des créances distinctes, quoiqu'ils figurent dans le même acte, et que le débiteur leur ait consenti une hypothèque commune sur le même immeuble; — ou encore, supposons que l'inscription soit requise par un créancier qui aurait plusieurs hypothèques pour sûreté de la même créance, par exemple un créancier qui, en obtenant du mari une hypothèque conventionnelle, aurait été, en même temps, subrogé dans l'hypothèque légale de la femme : le conservateur pourrait-il, dans ces cas, exiger autant de bordereaux en double minute qu'il y a d'hypothèques dans la réquisition d'inscription? Ou bien devra-t-il se contenter d'un seul bordereau rédigé en double minute pour chaque acte, quel que soit le nombre de créanciers qu'il intéresse, ou celui des sûretés dont il contient la stipulation? C'est la question réservée plus haut (nº 786), dans nos observations touchant les *mentions de subrogation* considérées comme moyen de rendre publiques les subrogations dans l'hypothèque légale de la femme.

952. Si la question était examinée au point de vue de l'économie, elle se résoudrait infailliblement en faveur du mode de procéder par bordereaux cumulatifs ou inscriptions collectives. En voici la preuve dans un fait dont nous avons eu personnellement connaissance. Un cultivateur marié a eu besoin d'emprunter une somme de 2 000 francs, et cela ne lui ayant pas suffi, il a dû faire, quatre mois après, un nouvel emprunt de somme pareille. Mais comme les fonds vont difficilement aujourd'hui vers la propriété foncière, l'emprunteur a dû recourir à neuf bourses différentes pour réunir les 4 000 francs : trois prêteurs ont concouru à remplir le premier emprunt; six autres ont rempli le second. En cet état des faits, le notaire, dans un but d'économie, a fait deux actes seulement; et, de leur côté, les créanciers, figurant à chaque acte, se sont réunis pour présenter en double un bordereau collectif : il y avait ainsi un bordereau en double minute pour chaque acte, c'est-à-dire quatre bordereaux pour les deux actes, et, partant, il devait y avoir deux inscriptions.

Mais le conservateur a pensé qu'il y avait lieu de diviser le contenu du bordereau pour former, sur ses registres, autant d'inscriptions qu'il y avait de créanciers, ce qui, du premier coup, faisait monter le nombre des inscriptions de deux à neuf. Et puis (car ce n'est pas tout), comme chacun des neuf créanciers, dans l'espèce, était subrogé à l'hypothèque légale de la femme, le conservateur a pensé, en outre, en présence de l'arrêt du 4 février 1856 qui annule les mentions de subrogation, que neuf autres inscriptions étaient nécessaires, puisque, aux termes de cet arrêt, dont nous combattons plus haut la doctrine (voy. nºs 781 et suiv.), l'hypothèque légale devrait être inscrite séparément et distinctement de

l'hypothèque conventionnelle. En fin de compte, le débiteur a dû subir les frais de dix-huit inscriptions au lieu de deux.

Et, si dix-huit inscriptions étaient nécessaires, le conservateur aurait pu logiquement demander un nombre double de bordereaux. C'est du moins la doctrine de quelques auteurs, qui, supposant le cas où un créancier requiert l'inscription à la fois de l'hypothèque qu'il a obtenue sur les biens de son débiteur marié et de sa subrogation dans l'hypothèque légale de la femme, excluent les bordereaux cumulatifs, parce qu'ils n'admettent pas l'inscription collective (1). Or, appliquez ceci à notre espèce, il faut deux bordereaux pour chaque inscription, et nous avons, avec les dix-huit inscriptions au lieu de deux, trente-six bordereaux au lieu de quatre!

Encore n'est-ce pas tout. Il y a, en outre, un autre système d'après lequel le créancier subrogé aurait deux formalités à remplir : inscription, à son profit, de l'hypothèque légale de la femme, et mention de la cession en marge de l'inscription; et les deux formalités seraient tellement liées entre elles que l'inscription serait le moyen d'arriver ensuite à la mention de la cession. Nous avons combattu plus haut (voy. n° 780) cette théorie évidemment exagérée; mais supposez qu'elle s'établisse, et il se trouve qu'au plus bas il y aurait à ajouter, dans notre espèce, aux trente-six bordereaux, deux autres bordereaux pour l'hypothèque légale; aux dix-huit inscriptions, une autre inscription pour cette même hypothèque légale; enfin, neuf mentions de subrogation. Et nous aurions, en tout, trente-huit bordereaux, dix-neuf inscriptions et neuf mentions de subrogation!

953. Mais quelque onéreux que cela soit pour la propriété, si la division des bordereaux est dans la volonté de la loi, il faudra bien que le créancier subisse les exigences du conservateur qui se refuserait à opérer l'inscription de plusieurs hypothèques sur la représentation d'un bordereau cumulatif. Quelle est donc la pensée de la loi sur ce point? Y voit-on rien qui autorise des exagérations comme celles que nous venons d'indiquer? Non, et tout au contraire. S'il n'y a pas de disposition precise qui permette expressément de procéder par bordereaux cumulatifs et inscriptions collectives, il y en a, cependant, et d'assez nombreuses, qui supposent ce mode de procéder autorisé. Citons le texte même de l'art. 2148. Cet article, en exigeant la reproduction d'un bordereau rédigé en double minute, permet que l'un des deux doubles soit porté sur l'expédition du titre, acte ou jugement, qui donne naissance au privilége ou à l'hypothèque. Il suppose donc établie la faculté, pour le créancier, de requérir des inscriptions collectives par un seul bordereau également collectif, de décrire cumulativement des hypothèques distinctes dans un bordereau commum, puisque le titre peut être complexe, contenir des chefs distincts et indépendants, créer, en un mot, des droits divers d'hypothèque, et que

(1) Voy. notamment M. Mourlon (*Rev. prat. de dr. franç.*, t. I, p. 96).

l'article ne distingue pas entre ce cas et celui où le titre serait propre à un seul créancier et ne créerait qu'une seule créance. Puis, comme si ce n'était pas assez de cette première donnée, l'article, énumérant les diverses énonciations que doit contenir le bordereau, dit qu'il comprendra le « montant du capital *des créances* exprimées dans le titre ou évaluées par l'inscrivant » : il confirme donc ou il suppose à nouveau la faculté indiquée, puisqu'il est impossible d'imaginer que celui qui peut comprendre plusieurs créances dans un même bordereau, dans une même inscription, n'y pourrait pas porter toutes les hypothèques attachées à ces créances, surtout si l'on songe que l'article a pour objet précisément de déterminer le mode d'inscription des hypothèques.

Ce n'est pas tout : cette supposition, qui est assise sur un texte pris dans la loi générale, s'induit encore avec évidence de lois spéciales dont quelques dispositions n'auraient pas de sens et seraient sans application si la faculté de procéder par inscriptions et bordereaux collectifs n'était pas présupposée. Telle est, notamment, la loi du 21 ventôse an 7, relative à l'organisation de la conservation des hypothèques, dont l'art. 21 dispose qu'il « ne sera payé qu'un seul droit d'inscription *pour chaque créance, quel que soit d'ailleurs le nombre des créanciers requérants et celui des débiteurs grevés.* » Tel est encore le tableau des salaires dus aux conservateurs des hypothèques, annexé au décret du 21 septembre 1810, et dont le n° 2, bien autrement explicite, alloue au conservateur le salaire d'un franc « pour l'inscription *de chaque droit* d'hypothèque ou privilége, quel que soit le nombre des créanciers, si la formalité est requise *par le même bordereau.* » (1) Qu'est-ce à dire, sinon que le législateur suppose autorisée la réunion de plusieurs créances et de plusieurs hypothèques dans un seul et même bordereau?...

Au surplus, ces textes sont pris, et par l'administration elle-même, et par les tribunaux, dans le sens et avec la portée que nous leur assignons. C'est sur leur autorité, en effet, que le ministre des finances a décidé dans une circulaire ancienne déjà, mais encore en vigueur, qu'un créancier ayant plusieurs créances sur le même débiteur peut les comprendre toutes dans un seul bordereau, *alors même qu'elles résulteraient de titres différents* (2). Et ce que l'administration dit là pour le cas où plusieurs obligations sont consenties au profit du même créancier, la jurisprudence l'a dit pour le cas où un titre confère à divers créanciers des hypothèques distinctes : la Cour de Besançon avait

---

(1) Voy. les *Codes Tripier* (p. 1365). — M. Baudot, qui se prononce contre les inscriptions et les bordereaux collectifs, cherche à concilier son opinion avec ce texte du décret (*Form. hyp.*, 3e édit., t. I, p. 356). L'auteur s'attache donc à prouver que la disposition n'autorise pas la réunion de plusieurs hypothèques dans le même bordereau, et, pour cela, il cherche à indiquer quelle serait la pensée de cette disposition; mais il omet de reproduire ces expressions significatives : « *par le même bordereau* », avec lesquelles la conciliation tentée devient absolument impossible.

(2) Circulaire du 12 janv. 1813. Voy. MM. Hervieu (*Rés. de jurispr.*, v° Bordereau, n° 6); Championnière et Rigaud (*Dict. des dr. d'hyp.*, eod. verb., n° 2).

formellement déclaré « qu'en droit, la formalité de l'inscription des hypothèques a pour but de donner au tiers connaissance de toutes les charges qui grèvent les immeubles, et que le but est suffisamment rempli lorsque le bordereau d'inscription contient les énonciations voulues par la loi, *quel que soit d'ailleurs le nombre des créanciers d'un même débiteur compris dans le bordereau.* » Puis, saisie de la difficulté par le pourvoi dont cette décision fut l'objet, la Cour de cassation, en s'autorisant tant de l'art. 2148 que de la loi du 21 ventôse an 7 et du décret du 21 septembre 1810, déclara de son côté que la Cour de Besançon n'avait contrevenu ni aux dispositions de l'art. 2148, ni à celles d'aucune autre loi (1).

954. Il y aurait à dire maintenant si le conservateur, qui ne peut exiger la division de bordereaux collectifs à lui représentés, pourrait au moins diviser lui-même ces bordereaux pour faire autant d'inscriptions qu'il y a d'hypothèques différentes, ou s'il doit reproduire sur ses registres les bordereaux tels qu'ils lui sont remis. Mais c'est une difficulté réservée déjà (voy. *suprà,* n° 792) pour notre commentaire de l'art. 2150, où elle trouvera plus naturellement sa place. Et après avoir dit successivement par qui l'inscription peut être requise, et comment l'action du conservateur des hypothèques doit être mise en mouvement, nous passons au dernier objet de nos articles, à leur objet véritablement important, c'est-à-dire aux énonciations à faire dans les bordereaux.

V. — 955. D'après l'art. 2148, les bordereaux tendant à l'inscription des priviléges et des hypothèques judiciaires et conventionnelles contiendront : 1° la désignation du créancier et une élection de domicile dans un lieu quelconque de l'arrondissement du bureau; 2° la désignation du débiteur; 3° l'indication de la date et de la nature du titre; 4° l'indication du montant de la créance en capital et accessoires, avec mention de l'époque de l'exigibilité; 5° et la spécialisation des biens grevés, dernière énonciation qui n'est pas nécessaire lorsque le bordereau tend à l'inscription d'une hypothèque *judiciaire* (2). — Les énonciations doivent être moins détaillées dans les bordereaux qui ont

---

(1) Besançon, 25 mai 1840; Dijon, 13 juill. 1858; Rej., 17 déc. 1845 (S.-V., 40, 2, 453; 46, 1, 185; 59, 2, 366; Dall., 46, 1, 42; *J. Pal.*, 1860, p. 482); Req., 9 déc. 1872 (S.-V., 73, 1, 146; *J. Pal.*, 1873, p. 356; Dall., 73, 1, 339). On a cherché à mettre en opposition avec l'arrêt de rejet du 17 décembre 1845 celui du 4 février 1856, par lequel la Cour de cassation a annulé les mentions de subrogation faites *accessoirement* à l'inscription d'une hypothèque conventionnelle. Mais nous avons montré plus haut que le mot *accessoirement*, qui s'est introduit dans cet arrêt dont au surplus la doctrine est essentiellement contestable, n'y préjuge rien sur la question relative à la régularité ou à l'irrégularité des inscriptions ou des bordereaux collectifs. (Voy. *suprà*, n° 786.)

(2) Quant à l'inscription de l'hypothèque maritime (l. 10 déc. 1874, art. 8), les bordereaux doivent contenir : « 1° les noms, prénoms et domiciles du créancier et du débiteur et leur profession s'ils en ont une; — 2° la date et la nature du titre; — 3° le montant de la créance exprimée dans le titre; — 4° les conventions relatives aux intérêts et au remboursement; — 5° le nom et la désignation du navire hypothéqué, la date de l'acte de francisation ou de la déclaration de sa mise en construction; — 6° élection de domicile, par le créancier, dans le lieu de la résidence du receveur des douanes. »

pour objet l'inscription des droits d'hypothèque purement légale. Aux termes de l'art. 2153, ces bordereaux devront contenir seulement : 1° la désignation du créancier avec élection de domicile; 2° la désignation du débiteur; 3° et l'indication des droits à conserver, avec mention du montant de leur valeur, sauf néanmoins dans le cas où les droits que l'inscription a pour objet de conserver sont conditionnels, éventuels ou indéterminés. — Tels sont les éléments principaux et la base des observations qui vont suivre.

Toutefois nous ne pouvons nous renfermer dans les termes mêmes des art. 2148 et 2153 précités. Ces articles parlent seulement des énonciations à faire *dans les bordereaux;* et si nous nous en tenions là, il suffirait de reprendre une à une les énonciations prescrites, d'en préciser l'objet et d'en indiquer les éléments constitutifs, sans qu'il y eût à rechercher si la disposition de la loi est irritante et si tout est de rigueur dans les énonciations par elle indiquées. En effet, dès que la présentation des bordereaux n'est pas en elle-même une formalité substantielle, dès que cette formalité peut être omise complétement sans péril pour l'inscription (voy. *suprà,* n° 949), il est sans intérêt de savoir si les bordereaux, quand il en a été représenté, sont réguliers ou non, et si les énonciations que l'inscrivant y a faites répondent ou non aux prescriptions de la loi.

Mais les bordereaux, comme nous avons eu déjà l'occasion de le dire, s'ils ne sont pas l'inscription elle-même, en sont du moins le type; la loi ne laisse aucun doute à cet égard lorsqu'elle exprime, dans l'article 2150 (voy. ci-après le commentaire de cet article), que, pour opérer l'inscription, le conservateur des hypothèques n'a qu'*à faire mention sur son registre du contenu des bordereaux.* Ainsi l'inscription s'identifie avec les bordereaux; il est même vrai de dire, en principe, que les énonciations à insérer dans les bordereaux sont exigées virtuellement en vue de l'inscription et particulièrement pour y être reproduites; en sorte que nous ne pouvons parler des bordereaux, au point de vue qui nous occupe, sans parler en même temps de l'inscription. Or, il n'en est pas de l'inscription comme de la présentation des bordereaux; elle est établie dans l'intérêt et pour la sûreté des tiers, qu'elle doit éclairer sur les charges hypothécaires du débiteur avec lequel ils auraient à traiter. La formalité est donc essentielle, sinon à la validité du contrat hypothécaire, au moins à son efficacité vis-à-vis des tiers; et comme l'inscription, en définitive, ne peut remplir son objet que par les énonciations dans lesquelles elle se résume, il s'ensuit que la question, avant tout, sera de savoir s'il a été dans la volonté de la loi d'exiger que toutes les énonciations par elle indiquées soient rigoureusement reproduites dans l'inscription; s'il a été dans sa pensée de dire que l'inscription ne remplirait son objet que par un ensemble et un enchaînement d'énonciations reproduisant, sans exception ni réserve, toutes celles qu'elle énumère elle-même; si, en un mot, tout est substantiel et de rigueur dans les prescriptions de la loi, à ce point que l'une des énonciations, quelle qu'elle soit, venant à manquer, l'in-

scription s'en trouve invalidée. C'est là, disons-nous, la question essentielle. Nous la verrons s'élever, en effet, à l'occasion de chacune des énonciations dont nous aurons à parler. Aussi convient-il, avant de la suivre dans ses détails, de rechercher ici, par forme d'observation générale, l'esprit dans lequel les dispositions de la loi doivent être entendues à cet égard.

956. La doctrine et la jurisprudence présentent là-dessus un pêle-mêle de décisions au milieu desquelles l'esprit le plus attentif chercherait en vain un système arrêté ou une règle précise. L'incertitude et l'hésitation sont partout, et presque toujours aussi elles conduisent à l'arbitraire. Disons que cette espèce de désarroi est en grande partie l'œuvre de la loi elle-même. Si l'on a vu des procès sans nombre aboutir à des solutions contradictoires, niant aujourd'hui des droits qu'elles consacraient hier, et compromettant par leurs fluctuations incessantes la fortune et le repos des parties, c'est à l'imprévoyance du législateur, en même temps qu'à l'abondance fâcheuse des détails dans lesquels il semble s'être complu, qu'il faut reporter cette incohérence désastreuse. Certes, cet édit de 1673, que nous avons vu déjà devancer son époque sur tant de points, s'y était pris avec bien plus de prudence pour régler la même situation. En soumettant les oppositions, qui tenaient lieu alors de nos inscriptions actuelles, à des formalités substantielles, il était sobre dans les détails, et en même temps il ne laissait pas douter de sa pensée. Ce qu'il exigeait, c'est que le débiteur et le créancier fussent désignés, mais il se contentait de la désignation par le nom; ce qu'il voulait encore, c'est la désignation de l'immeuble, mais il lui suffisait que l'immeuble fût signalé par sa situation; ce qu'il demandait enfin, c'est l'indication du titre par sa nature et sa date, une élection de domicile pour le créancier, et une indication des sommes et des droits. L'édit n'exigeait rien de plus, mais il exigeait cela de la manière la plus impérative; et pour qu'on ne pût pas se méprendre sur la portée de ses dispositions, chacune portait expressément avec elle la sanction de la nullité. Ainsi, tout était simple, précis, arrêté, dans le système de l'édit de 1673.

Au lieu de cela, les rédacteurs du Code civil ont d'abord poussé jusqu'à la minutie et jusqu'à l'excès les précautions qu'ils ont voulu prendre. Sans exiger précisément des mentions en plus grand nombre que ne l'avait fait l'édit, ils en ont multiplié outre mesure les détails ou les éléments constitutifs. Ainsi, il ne leur a pas suffi de demander au créancier qu'il se fît connaître par son nom dans l'inscription et qu'il y fît une élection de domicile, ils ont voulu, de plus, qu'à l'indication du nom fût ajoutée celle des prénoms, du domicile réel, de la profession. Quant au débiteur, ils ont exigé de même qu'il fût désigné non pas seulement par son nom, mais encore par ses prénoms, sa profession, son domicile; et, supposant que l'inscrivant pourrait bien manquer des renseignements nécessaires, ils ont demandé subsidiairement *une désignation individuelle et spéciale,* établissant par là ce système des *équipollents* que la jurisprudence a généralisé ensuite, et qu'elle applique indis-

tinctement aux énonciations diverses, mais sans aucune règle précise. Quant à l'immeuble grevé, ils en ont voulu l'indication non-seulement par sa situation, mais encore par son espèce ou sa nature. Enfin quant à la créance hypothécaire, il ne leur a pas suffi d'exiger la mention du montant en capital et accessoires, ils ont voulu, de plus, que l'inscription précisât l'époque de l'exigibilité. Et puis, après avoir accumulé ainsi les détails, au lieu de suivre les données de l'édit qui, par une sanction de nullité, imprimait à ses dispositions le caractère le plus énergiquement impératif, ils n'ont rien dit pour préciser l'importance et la portée qu'ils entendaient assigner eux-mêmes à leurs prescriptions (1).

957. Dans une telle situation, la question qui a dû se poser, on le comprend, a été de savoir s'il y a un choix à faire parmi tant d'énonciations dont toute inscription doit être surchargée, si les unes sont nécessaires absolument, les autres plus ou moins utiles, ou si elles ont toutes, sans exception, une importance égale, à ce point que l'omission d'une seule, fût-ce même la plus insignifiante en apparence, doive entraîner nullité de l'inscription.

Il y a eu un temps, nous l'avons dit ailleurs, où l'interprétation se faisait dans ce dernier sens. Tout ce qui touchait à la forme de l'inscription était traité avec une sévérité outrée, notamment par la jurisprudence de la Cour de cassation : le système des nullités était exagéré; et, comme le disait la Cour de Rouen dans ses Observations sur la réforme de 1841, on faisait revivre dans notre droit la maxime romaine : *Qui virgula cadit, causa cadit* (2). Il en fut ainsi sous l'empire de la loi de brumaire et dans les premières années qui suivirent la promulgation du Code civil. On tenait alors que les énonciations indiquées par la loi, et non-seulement les énonciations, mais encore les éléments nombreux qui les constituent, sont également nécessaires comme rentrant dans les désignations constitutives de la publicité hypothécaire; et alors l'omission d'un prénom, le silence sur la profession du créancier ou du débiteur, sur son domicile réel, sur l'époque de l'exigibilité de la créance, ne trouvaient pas plus grâce devant la jurisprudence que l'omission complète de la désignation du débiteur ou de l'immeuble grevé : bien que la nullité ne soit pas édictée par la loi, l'inscription incomplète ou irrégulière, quelle que fût d'ailleurs la lacune ou l'irrégularité, était annulée. C'était la manière la plus facile d'entendre la loi; peut-être était-ce aussi la manière la plus logique : car, pourrait-on dire avec la Cour d'Aix (3), la loi, ayant prescrit les énonciations et mentions à faire dans l'inscripion sans les distinguer, semblait avoir déclaré par là qu'il fallait également les observer toutes, et qu'il était

(1) La Cour d'Orléans a conclu de l'absence de sanction que c'est aux tribunaux qu'il appartient d'apprécier quelles formalités sont substantielles et constitutives de l'inscription, et lesquelles, au contraire, sont purement secondaires. Arrêt du 4 juin 1861 (*J. Pal.*, 1861, p. 675).

(2) Voy. notre *Monographie sur la publicité des subrogations* (p. 17, n° 5), et *Rev. crit.* (t. IX, p. 112). Voy. aussi *Doc. hyp.* (t. II, p. 544).

(3) *Doc. hyp.* (t. II, p. 479).

plus sûr de ne pas créer arbitrairement des exceptions peut-être dangereuses.

958. Pourtant, on ne peut se le dissimuler, il y avait dans cette interprétation un excès de rigueur. Quand une inscription, par l'ensemble et l'enchaînement des mentions qu'elle porte, ne peut laisser à ceux qui la consultent aucune incertitude sur la situation hypothécaire du débiteur, sur la mesure dans laquelle ses immeubles sont hypothécairement affectés, n'est-ce pas méconnaître la vérité des choses que tenir cette inscription pour insuffisante, et n'est-ce pas faire violence à la conscience du juge que de le contraindre à en prononcer la nullité pour l'omission d'un mot indifférent ou pour l'absence de la mention la plus insignifiante? Les réclamations ne manquèrent donc pas de s'élever contre un système qui, sacrifiant aveuglément à la forme, aboutissait, en définitive, à la ruine des créanciers, et faisait tourner contre eux une mesure imaginée pour sauvegarder leurs intérêts. Alors s'introduisit, dans la jurisprudence, cette distinction entre les formalités substantielles et les formalités secondaires, dont Merlin le premier posait le principe, en 1809, devant la Cour suprême, et qui depuis est restée dominante dans la jurisprudence et dans l'opinion des auteurs (1). D'après ce système, on fait un choix entre les énonciations diverses qu'énumèrent nos articles; on en fait deux classes comprenant: l'une, les énonciations qui, étant regardées comme essentielles à la réalisation des principes de la publicité et de la spécialité, sont, par ce motif, déclarées *substantielles;* l'autre, celles qui, n'intéressant pas ces principes d'une manière directe, sont qualifiées, à cause de cela, *secondaires* ou *accidentelles;* et l'on dit qu'une inscription n'est annulable par application de nos articles, c'est-à-dire pour insuffisance dans les énonciations, qu'autant qu'elle omet ou ne mentionne que d'une manière irrégulière une ou plusieurs des énonciations substantielles. Tel est le tempérament par lequel la jurisprudence a corrigé ce qu'il y avait de rigoureux et même d'inique dans le système qu'elle avait elle-même inauguré à l'origine: l'on ne saurait méconnaître qu'il y a eu là une heureuse invasion de l'équité naturelle sur la rigueur des textes.

Mais, il ne faut pas s'y tromper, ce n'est pas dans ce tempérament non plus qu'il faut chercher la vérité juridique. La jurisprudence et les auteurs ont bien pu dire théoriquement que parmi les énonciations prescrites par la loi il y en a de substantielles et d'accidentelles; mais où est la ligne de démarcation? Où est le principe certain en vertu duquel les énonciations seront ainsi divisées et classés? Voilà la difficulté du système : voilà la question telle qu'elle s'est posée avec le système lui-même; et ni les auteurs, ni la jurisprudence, ne l'ont encore résolue. Loin de là : l'incertitude s'accroît de jour en jour; et la jurisprudence se condamne elle-même par ses fluctuations incessantes, par les

(1) Voy. le réquisitoire de Merlin qui a précédé l'arrêt de rejet du 15 mai 1809 (*Rép.*, v° Inscript. hyp., § 5, n° 8, à la note). — *Junge:* Tarrible (*ibid.*); Grenier (t I, n° 97); Duranton (t. XX, n°s 101 et suiv.); Zachariæ (t. II, p. 171).

hésitations et les tâtonnements avec lesquels elle marche dans sa voie nouvelle depuis qu'elle s'y est engagée.

959. Quelle est donc, sur ce point important, la règle à laquelle il se faut arrêter ? Nous croyons que l'inscription doit être envisagée dans l'objet même que lui assigne la législation hypothécaire, et que toute inscription doit être validée et maintenue dès qu'elle remplit cet objet, c'est-à-dire non-seulement quand les énonciations en sont calquées littéralement sur les dispositions de nos articles, mais encore lorsque, sans être en rapport avec ces dispositions, elles sont cependant suffisantes pour éclairer les tiers et prévenir toute surprise ou toute erreur de leur part. C'est l'idée que M. le premier président Troplong (1) avait émise dès l'année 1833, en publiant la première édition de son commentaire des *Priviléges et Hypothèques*, et c'est vers elle qu'ont tourné tous les projets de réforme dont le régime hypothécaire a été l'objet.

Ainsi, elle avait prévalu, en 1841, dans l'enquête administrative provoquée par le gouvernement à cette époque. Si la Cour de cassation parut revenir alors à ses anciennes tendances, en exprimant que les formalités des inscriptions hypothécaires sont protectrices, « et qu'il serait plutôt nuisible qu'utile d'y faire des changements » (2), d'un autre côté, vingt cours d'appel, protestant là contre, se rangèrent à l'avis de M. Troplong (3). Et la Cour d'Orléans, résumant l'opinion de toutes dans une formule nette et précise, disait, entre autres choses, « que la validité ou la nullité de l'inscription doit dépendre de la question de savoir si l'omission reprochée a ou non lésé un intérêt que la publicité devait éclairer. » (4)

De même, la réforme qui s'élaborait de 1849 à 1851 au sein de l'Assemblée législative ne concluait pas autrement. Tous ceux qui y prirent part exprimaient, non point comme une idée nouvelle, mais comme un aperçu ouvert déjà par la jurisprudence, la nécessité de s'attacher à l'esprit véritable de la loi, et de ne considérer comme susceptibles d'entraîner nullité de l'inscription que les omissions pouvant nuire aux tiers « en leur célant plus ou moins la révélation de la créance, de l'hypothèque, ou des immeubles sur lesquels elle serait établie. » (5) Et l'article 2151 du projet préparé pour la dernière lecture formulait cette pensée dans une disposition reproduite plus haut (voy. n° 674).

960. Ces idées, à notre avis, expriment mieux qu'aucune autre la pensée même et l'esprit de nos articles. Nous ne dirions pas, sans doute,

---

(1) Voy. M. Troplong (n°s 665 et suiv.).

(2) *Doc. hyp.* (t. II, p. 475).

(3) Voy. *ibid.*, p. 476 et suiv., les Observations des Cours d'Agen, Aix, Amiens, Angers, Bastia, Bordeaux, Colmar, Dijon, Douai, Grenoble, Lyon, Metz, Montpellier, Nancy, Nîmes, Orléans, Paris, Pau, Poitiers, Riom.

(4) *Doc. hyp.* (p. 523). — Cette pensée a été réalisée et se trouve maintenant à l'état de disposition législative en Belgique, où la loi du 16 décembre 1851 exprime, par son art. 85, que l'omission de l'une ou de plusieurs des formalités prescrites n'entraînera la nullité de l'inscription ou de la mention *que lorsqu'il en résultera un préjudice au détriment des tiers*. Voy. MM. Delebecque (*Comm. législ.*, p. 316); Martou (t. III, p. 176).

(5) Voy. les rapports de MM. Persil (p. 117), Bethmont (p. 118), de Vatimesnil (p. 90).

comme cette dernière disposition le disait dans une partie complémentaire, que la nullité ne peut être demandée que par ceux-là seuls auxquels une omission ou une irrégularité, dans l'inscription, serait préjudiciable, et que les tribunaux peuvent, selon la nature et l'étendue du préjudice, annuler l'inscription critiquée ou en réduire l'effet. En ceci, les projets de 1851 auraient consacré une innovation fâcheuse et nuisible, en ce qu'ils auraient laissé beaucoup trop à l'interprétation; et mieux vaut assurément, quand une inscription, par son irrégularité même, ne remplit pas son objet qui est d'avertir les tiers et de les éclairer, ne pas donner le choix entre divers moyens, et ne laisser ouverte que la voie de la nullité. Mais ce que nous retenons de ces projets, c'en est la partie principale, celle qu'ils avaient empruntée aux projets de 1841, celle que la Cour d'Orléans résumait si exactement dans la formule ci-dessus rappelée. En cela du moins, la réforme, nous le répétons, n'innovait pas; elle proposait de consacrer législativement une théorie qui tendait à s'établir.

Et en effet cette idée « que la nullité ou la validité de l'inscription dépend uniquemeut de la question de savoir si l'omission reprochée a ou non lésé un intérêt que la publicité devait éclairer », cette idée avait aussi des précédents dans la jurisprudence. Dans bien des circonstances, elle a été la règle d'où les tribunaux sont partis pour aboutir à ce système des équipollents dont nous parlions tout à l'heure. Ainsi, une inscription étant attaquée pour une erreur commise dans l'énonciation de la nature du titre, la jurisprudence a répondu fréquemment que l'irrégularité de l'énonciation n'ayant pas empêché de reconnaître la nature de l'acte dans lequel l'hypothèque avait pris naissance, il n'y avait pas lieu de s'arrêter aux critiques dont l'énonciation était l'objet (1). D'autres fois, une inscription étant dénoncée comme ne précisant pas suffisamment l'époque d'exigibilité de la créance, la jurisprudence a repoussé la demande, en disant que la loi ne fait pas dépendre de termes sacramentels l'accomplissement des formalités par elle prescrites, et que quand il n'y a pas de dommage possible pour les tiers, il ne saurait y avoir nullité de l'inscription (2). Dans d'autres cas encore, elle s'est inspirée de la même manière (3).

C'est dans ces applications particulières qu'est, à notre avis, la règle d'interprétation; et cette règle, quoique non formulée dans la loi, se généralisera, nous en avons la confiance, parce qu'elle est, après tout, la plus sûre et la plus équitable, en ce que, prenant l'inscription pour ce qu'elle est réellement dans l'économie du régime hypothécaire, elle concilie les intérêts et donne à tous une protection suffisante.

---

(1) Voy. les arrêts de la Cour de cassation des 6 juin 1810, 11 mars 1816, 16 mars et 2 août 1820, 26 juill. 1825.

(2) Req., 15 nov. 1852 et 8 mars 1853 (S.-V., 52, 1, 793; 55, 2, 214; Dall., 53, 1, 99; 54, 1, 341; *J. Pal.*, 1853, t. I, p. 364).

(3) Voy. les arrêts de la Cour de cassation des 17 août 1813, 3 janv. 1814, 9 nov. 1815. — *Junge :* Nancy, 28 avr. 1826; Paris, 8 août 1832; Bordeaux, 6 mai 1848; Montpellier, 6 juin 1856; Alger, 21 nov. 1856 (S.-V., 33, 2, 95; Dall., 50, 2, 11; 57, 2, 123; *J. Pal.*, 1857, p. 182).

961. Et maintenant que nous avons indiqué, par forme d'observation générale, l'esprit dans lequel doivent être entendues les dispositions de la loi relatives aux énonciations à faire dans les bordereaux et dans les inscriptions, nous pouvons reprendre une à une ces énonciations, pour en rechercher l'objet, en préciser les éléments constitutifs, et voir dans quelle mesure les omissions qui pourraient y être commises affecteraient l'inscription et en devraient entraîner la nullité.

VI. — 962. La première des énonciations indiquées a pour objet *la désignation du créancier hypothécaire*. A cet égard, la loi ne fait aucune différence entre le cas où les bordereaux représentés tendent à l'inscription soit d'un privilége, soit d'une hypothèque conventionnelle, judiciaire ou légale. En effet, l'énonciation est requise tant par l'article 2153 que par l'art. 2148, et à peu près dans les mêmes termes. Nous avons donc ici une règle commune à tous les bordereaux et à toutes les inscriptions; quelle que soit la nature du droit que l'inscrivant se propose de conserver, les bordereaux joints au titre doivent contenir la désignation du créancier, pour que le conservateur y prenne l'énonciation et la reporte dans l'inscription à formuler sur son registre.

Mais quels sont les éléments constitutifs de l'énonciation? Quel en est l'objet? et l'énonciation est-elle tellement nécessaire que l'omission totale ou partielle doive entraîner la nullité de l'inscription? Ce sont les points à préciser.

963. Le créancier, d'après le texte même de la loi, doit être désigné par son nom, ses prénoms, son domicile réel et par sa profession, s'il en a une; en outre, les bordereaux et l'inscription doivent être complétés, sous ce rapport, par l'élection d'un domicile, pour le créancier, dans un lieu quelconque de l'arrondissement du bureau.

Ainsi, il faut le *nom* d'abord; c'est la base même de l'énonciation; c'est par là surtout que l'inscription fera connaître le titulaire de la créance. Toutefois, pour ne rien exagérer, il faut combiner ceci avec les observations présentées plus haut, en ce qui concerne les personnes qui ont qualité pour requérir inscription. Par exemple, l'inscription a-t-elle pour objet la conservation d'une créance hypothécaire que le créancier a cédée ou transportée, elle pourra être faite indistinctement au nom du cédant ou du cessionnaire, suivant ce que nous avons expliqué au n° 931 (1). L'inscription est-elle prise pour conserver une créance appartenant à une société ou à une maison de commerce, il suffira d'indiquer la raison sociale, et il ne sera pas nécessaire d'énoncer le nom de chacun des associés individuellement (2). Est-elle faite pour la conservation d'une créance dépendant d'une succession, elle pourra être prise sous la désignation du défunt, par argument *à fortiori* de

(1) Il a été jugé que le cessionnaire d'une créance hypothécaire peut la faire inscrire sous le nom de son cédant même décédé, sans faire mention du transport par lequel celui-ci l'en a rendu propriétaire. Voy. Req., 4 avr. 1811.

(2) Voy. Paris, 15 avr. 1809; Req., 1er mars 1810; Colmar, 27 avr. 1817; Rennes, 7 mars 1820.

l'art. 2149, que nous expliquons au n° 973 (1); et la succession fût-elle déjà partagée, la désignation pourrait être encore celle du défunt, ou au moins celle de ses héritiers pris collectivement. C'est sans raison que M. Persil exige, dans ce cas, la désignation individuelle de l'héritier dans le lot duquel la créance est passée (2), puisque, dans ce cas, cet héritier est réputé cessionnaire des autres héritiers pour leur part dans la créance, et que comme cessionnaire il peut, d'après ce qui précède, requérir l'inscription soit en son nom, soit en celui du cédant (3).

964. Il faut ensuite les *prénoms* du créancier et sa *profession,* s'il en a une. Ce sont des indications complémentaires demandées par la loi pour que l'individualité du créancier soit d'autant plus déterminée, pour que sa personne soit distinguée de celles qui pourraient avoir avec lui un nom patronymique commun.

965. Il faut, de plus, le *domicile réel.* Ceci, dans la pensée de la loi, doit concourir également à individualiser le créancier. Mais l'indication a un caractère particulier d'utilité que fait pressentir l'art. 548 du Code de procédure, d'après lequel « les jugements qui prononceront une mainlevée, une radiation d'inscription hypothécaire, etc., ne seront exécutoires par les tiers ou contre eux, même après les délais de l'opposition ou de l'appel, que sur le certificat de l'avoué de la partie poursuivante, contenant la date de *la signification du jugement faite au domicile de la partie condamnée.....* » L'indication du domicile réel a donc cette utilité particulière qu'elle fait connaître le lieu où doit être faite la signification dont il est question dans cet article.

966. Enfin il faut qu'outre le domicile réel, le bordereau et l'inscription contiennent *une élection de domicile* pour le créancier dans un lieu quelconque de l'arrondissement du bureau (4). Cette élection de domicile a aussi son utilité particulière que révèlent les art. 2156 et 2183 du Code civil, ainsi que les art. 692 et 753 du Code de procédure civile. C'est, en effet, par exploits faits à la personne du créancier ou au dernier de leurs domiciles élus que doivent être intentées les actions auxquelles les inscriptions peuvent donner lieu contre le créancier (C. civ., 2156) ; c'est au domicile élu par les créanciers dans leurs inscriptions que le tiers détenteur qui veut purger doit faire ses notifications (C. civ., 2183); c'est à ce même domicile que le poursuivant, en matière de saisie immobilière, doit faire aux créanciers inscrits la sommation de prendre communication du cahier des charges (C. proc., 692); à ce même domicile, enfin, que les créanciers inscrits devront

(1) Voy. Req., 15 mai 1809; Paris, 19 mars 1808 et 15 févr. 1809. Voy. cependant Req., 7 sept. 1807.

(2) Voy. M. Persil (art. 2148, § 1, n° 3).

(3) Voy. M. Duranton (t. XX, n° 102).

(4) Nous avons expliqué plus haut (voy. n° 788) que l'élection de domicile, formalité commune à tous les bordereaux et à toutes les inscriptions, comme tout ce qui concerne la désignation du créancier, ne doit pas cependant être faite *pour la femme* dans l'inscription ou la mention de subrogation requise par le créancier que la femme a subrogé dans son hypothèque légale; il suffit qu'elle soit faite pour le créancier lui-même. Nous renvoyons à nos observations sur ce point (*loc. cit.*).

être sommés de produire à l'ordre (C. proc., 753). Ceci nous montre pourquoi la loi a voulu qu'avec la désignation du créancier il y eût, dans l'inscription, une élection de domicile faite pour lui dans l'arrondissement du bureau.

Et comme la loi ne fait aucune distinction, l'élection de domicile sera faite aussi bien quand le créancier aura son *domicile réel* dans l'arrondissement même que lorsque ce domicile sera hors de l'arrondissement.

Mais notons bien que le *domicile élu* se rapporte exclusivement aux notifications et aux significations concernant l'inscription elle-même, et que ce domicile est étranger aux significations intéressant seulement la créance. La jurisprudence décide, en conséquence, que c'est au *domicile réel* du créancier, et non au domicile élu, que doivent être signifiées les offres réelles de payement faites à ce créancier par un autre créancier, dans le but d'obtenir la subrogation légale établie par l'article 1251 du Code civil (1).

967. Au surplus, le créancier n'est pas lié par l'élection de domicile faite pour lui dans l'inscription; ses représentants, c'est-à-dire ses héritiers ou successeurs, et les cessionnaires auxquels il pourrait avoir cédé la créance, ne sont pas liés davantage. L'art. 2152 dit, en effet, qu'il est loisible à celui qui a requis une inscription, ainsi qu'à ses représentants, ou cessionnaires *par acte authentique,* de changer sur le registre des hypothèques le domicile par lui élu, *à la charge d'en choisir et indiquer un autre dans le même arrondissement.*

Mais, on le voit, le législateur, en permettant au créancier ou même à ses cessionnaires de révoquer le domicile élu, y met deux conditions : l'une, spéciale au cas de révocation par les cessionnaires; l'autre, commune à tous les cas.

D'une part, la révocation du domicile élu ne peut émaner des cessionnaires du créancier inscrit qu'autant qu'ils sont cessionnaires *par acte authentique.* La loi se préoccupe, en ceci, de l'intérêt des créanciers. Cette élection d'un domicile auquel doivent aboutir les notifications nécessaires soit à la purge de l'hypothèque, soit à l'expropriation de l'immeuble, est une précaution prise pour que le gage ne sorte pas des mains du débiteur sans que les créanciers soient avertis et mis en demeure d'exercer leurs droits. Il importe que les créanciers conservent cette garantie tant qu'il n'est pas certain qu'ils ne sont plus titulaires de la créance. Et comme une cession par acte sous seing privé ne donne pas une certitude complète, comme cet acte peut être simulé ou faux, le législateur ne l'admet pas comme suffisant pour autoriser le cessionnaire prétendu, qui s'en prévaut, à révoquer le domicile primitivement élu dans l'inscription.

D'une autre part, soit que la révocation émane du créancier ou de ses représentants, soit qu'elle émane d'un cessionnaire par acte authen-

(1) Voy. Rej., 5 déc. 1854 (Dall., 55, 1, 72; S.-V., 55, 1, 282; *J. Pal.*, 1855, t. I, p. 125).

tique, elle n'est possible qu'autant que celui qui fait la révocation *choisit en même temps et indique un autre domicile dans le même arrondissement.* Si donc un créancier faisait par déclaration ou par réquisition extrajudiciaire une révocation de l'élection primitive de domicile, sans faire à l'instant même l'élection d'un autre domicile, il faudrait tenir l'énonciation relative à la désignation du créancier pour incomplète dans ses éléments constitutifs, comme si l'élection de domicile y eût été omise dès l'origine.

Quant au mode suivant lequel le changement de domicile élu doit être constaté, il est indiqué dans une décision ministérielle en date du 28 pluviôse an 9 : il est fait mention du changement de domicile à la marge de l'inscription ; et, si la place manque, la déclaration est écrite à la date courante du registre, sauf indication, à la marge de l'inscription, du volume et du numéro où est portée la déclaration ; de plus, la mention est signée par le requérant, à moins que celui-ci ne sache ou ne puisse signer, auquel cas la mention est remplacée par un acte notarié, lequel est transcrit sur le registre comme il vient d'être dit, et reste entre les mains du conservateur pour couvrir sa responsabilité.

968. Après les observations qui précèdent, nous n'avons pas à insister sur l'objet de la première énonciation des bordereaux et de l'inscription : la loi a évidemment en vue l'intérêt de celui qui prend l'inscription ou pour qui l'inscription est prise. Dans un cas particulier, l'énonciation a aussi son intérêt pour le débiteur et pour les tiers détenteurs : c'est quand il y a lieu de poursuivre la mainlevée ou la radiation de l'inscription ; il faut bien alors que le débiteur et le tiers détenteur connaissent le créancier contre qui l'action doit être dirigée. Mais, en définitive, c'est principalement et à peu près exclusivement l'inscrivant que l'énonciation intéresse ; c'est à lui qu'elle est utile, comme le dit M. Tarrible (1), pour donner les indices de la notification qui devra lui être faite par les tiers, lorsqu'il sera question de vendre le gage et d'en distribuer le prix.

969. Et ceci nous amène à conclure que la désignation du créancier n'est pas une des formalités nécessaires à la validité de l'inscription. Rappelons-nous que la question de validité ou de nullité d'une inscription incomplète est subordonnée au point de savoir si l'omission a ou n'a pas lésé un intérêt que la publicité devait éclairer (*suprà*, n°s 959 et 960). Or, en quoi l'intérêt de la publicité se trouve-t-il engagé ici ? Et comment les tiers, auxquels l'inscription ne fait pas connaître la personne du créancier hypothécaire, pourraient-ils être lésés à cause de cela ? Quand l'inscription leur dit que tel immeuble sur lequel ils veulent prêter est grevé d'hypothèque pour des sommes dont l'inscription leur fait connaître le montant en principal et accessoires, qu'ont-ils besoin d'en savoir davantage ? Et lorsque, sachant tout cela, ils consentent à prêter, en quoi pourraient-ils avoir à se plaindre de ce que les créanciers inscrits avant eux n'ont pas été individuellement désignés

(1) Voy. M. Tarrible (*Rép.*, v° Inscript. hyp., § 5, n° 8).

par l'inscription? S'ils ne trouvent pas ultérieurement à être remboursés sur le prix de l'immeuble qu'ils ont accepté pour gage, c'est qu'ils n'ont pas mis à profit les indications qui leur étaient données; c'est qu'ils ne se sont pas suffisamment préoccupés de la valeur de l'immeuble comparée au montant de la dette hypothécaire constatée et garantie par les inscriptions préexistantes; et ce n'est pas assurément parce que ces inscriptions n'avaient pas désigné ceux qui en étaient titulaires. L'absence de cette désignation ne leur a fait aucun tort, car elle ne les a pas empêchés d'apprendre tout ce qu'ils avaient intérêt à savoir comme nouveaux créanciers hypothécaires; l'imprudence qu'ils ont commise n'est donc excusée en aucune manière par les lacunes de l'inscription; et, dans cette situation, les admettre à se prévaloir de ces lacunes pour faire tomber l'inscription, ce serait aller contre le principe éminemment équitable : *Pas de nullité sans griefs.* — Disons-le donc : la désignation du créancier, quoique utile dans l'inscription, n'est pas cependant indispensable; et comme elle n'est pas un élément nécessaire de la publicité, l'inscription qui n'en porterait pas même la trace n'en vaudrait pas moins pour donner à l'hypothèque et sa date et son rang (1).

970. Ceci posé, on conçoit que nous ne saurions hésiter sur la question si gravement controversée de savoir si l'élection de domicile, dans les inscriptions hypothécaires, est indispensable pour la validité de l'inscription. La Cour de cassation, on le sait, tient pour l'affirmative, et sa jurisprudence, qui, sur ce point, s'est maintenue toujours invariable, a entraîné l'avis de plusieurs Cours d'appel et de quelques auteurs (2). Mais la solution contraire a pour elle les décisions répétées des Cours, l'opinion de la majorité des auteurs, et l'assentiment de tous ceux qui ont pris part aux discussions dont la réforme du régime hypothécaire a été l'objet, à diverses époques, en France (3).

---

(1) Voy. MM. Tarrible (*loc. cit.*); Grenier (t. I, p. 196); Toullier (t. VII, n° 510); Merlin (*Quest.*, v° Inscript. hyp., § 4); Zachariæ (t. II, p. 171, note 4); Delvincourt (t. III, p. 575); Taulier (t. VII, p. 339); Troplong (n° 629). — Mais voy. MM. Persil (art. 2148, § 1); Duranton (t. XX, n° 107); Solon (*Des Nullités*, t. I, n° 362).

(2) Voy. les arrêts de la Cour de cassation des 27 août 1828, 6 janv. 1835, 12 juill. 1836, 11 déc. 1843, 26 juill. 1858 (S.-V., 36, 1, 556; 44, 1, 46; 58, 1, 812; Dall., 36, 1, 419; 44, 1, 60; 58, 1, 354; *J. Pal.*, 1844, t. I, p. 59; 1860, p. 153). — *Junge :* Douai, 7 janvier 1819 et 16 avr. 1847; Orléans, 1er déc. 1836; Colmar, 16 août 1847; Nîmes, 31 juill. 1849; Paris, 8 juill. 1852 (*J. Pal.*, 1847, t. II, p. 447; 1849, t. II, p. 669; 1852, t. II, p. 359; Dall., 37, 2, 29; S.-V., 37, 2, 89; 50, 2, 77; 53, 2, 144). — Voy. aussi MM. Persil, Duranton, Solon (*loc. cit*); Pannier (*Hyp.*, p. 220); Favart (*Rép.*, v° Domicile, § 3, n° 1); Hervieu (*Priv. et Hyp.*, v° Inscript. hyp., n° 5); Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. V, p. 216, note 5). — Toutefois, il est admis par la Cour de cassation que l'inscription n'est pas nulle lorsque le créancier, domicilié au lieu même ou dans l'arrondissement du bureau des hypothèques, a indiqué ce domicile sur son inscription. Sections réunies, 14 janv. 1863 (S.-V., 63, 1, 73; *J. Pal.*, 1863, p. 449; Dall., 63, 1, 101). *Junge :* Limoges, 10 déc. 1845, et Aix, 8 mars 1860 (S.-V., 47, 2, 197; *J. Pal.*, 1848, t. I, p. 414; Dall., 47, 2, 109).

(3) Voy. Metz, 2 juill. 1812 et 28 janv. 1862; Liége, 5 janv. 1816; Rennes, 7 mars 1820; Grenoble, 12 avr. 1821 et 10 juill. 1823; Riom, 7 mars 1825 et 29 févr. 1832; Paris, 9 août 1832; Agen, 4 janv. 1854 et 7 févr. 1861; Alger, 21 nov. 1856 et 8 janv. 1863; Aix, 8 mars 1860; Orléans, 4 juin 1861 (S.-V., 54, 2, 350; 60, 2, 232; 61, 2, 449; 62, 2, 380; Dall., 60, 2, 106; 61, 2, 100; *J. Pal.*, 1855, t. I, p. 91; 1857, p. 182; 1860, p. 773; 1861, p. 675; 1862, p. 61 et 149; Rennes, 27 janv. 1874 (S.-V., 74, 2, 278; Dall., 75, 2, 13; *J. Pal.*, 1874, p. 1160). Voy. aussi MM. Merlin, Tarrible, Toul-

C'est à cette dernière solution, on le comprend bien, que nous nous rattachons. Répétons-le : l'élection de domicile est utile seulement pour que le créancier puisse recevoir les notifications et significations relatives à l'inscription. Que faut-il donc et jusqu'où doit aller la sanction, pour l'intéresser à ne pas négliger, en s'inscrivant, de remplir une formalité prescrite en sa faveur à peu près exclusivement? L'équité indique par elle-même qu'il suffit de retirer au créancier qui n'aurait pas rempli la formalité les avantages que l'obligation accomplie lui aurait assurés. Ainsi, les tiers, créanciers ou acquéreurs, seront dispensés de faire au créancier inscrit sans élection de domicile les significatious et notifications qu'ils auraient à lui faire si l'inscription était régulièrement prise et contenait une désignation du créancier complète dans ses éléments. Il arrivera par là que, les notifications n'étant pas faites, le gage pourra être réalisé entre les autres créanciers, sans que celui qui aura omis d'élire domicile en sache rien, ce qui le laisse exposé à perdre sa part (1). Cette sanction, déjà bien rigoureuse, suffit pour faire appel à la vigilance de l'inscrivant.

Mais aller au delà, et notamment faire de l'élection de domicile une condition nécessaire de la validité de l'inscription, c'est manifestement dépasser le but, en ce que, de quelque manière que les choses soient envisagées, on ne peut dire ni que la publicité hypothécaire soit intéressée à ce que les créanciers inscrits fassent une élection de domicile dans leurs inscriptions, ni, par conséquent, que les tiers qui ont traité avec le debiteur aient souffert ou pu souffrir un préjudice quelconque de ce que des créanciers qui avaient traité avant eux avec ce même débiteur n'ont pas fait cette élection.

VII. — 971. La seconde énonciation requise par nos articles a pour objet *la désignation du débiteur*. Elle est, comme la précédente, exigée tant par l'art. 2148 que par l'art. 2153 : elle est donc commune aussi à toutes les inscriptions.

972. De même que le créancier, le débiteur doit être désigné par son nom, ses prénoms, son domicile et sa profession, s'il en a une

---

lier, Delvincourt, Taulier (*loc. cit.*); Zachariæ (*loc. cit.*, note 5); Troplong (*loc. cit.* et la note insérée par cet auteur dans le Recueil S.-V., 35, 2, 129); Battur (t. III, nº 432); Baudot (t. I, nº 240); Guichard (*Législ. hyp.*, vº Inscrip. hyp.); Aubry et Rau (t. II, p. 794 et note 19; 4e édit., t. III, p. 350, note 21). — Voy. enfin les *Doc. hyp.*, publiés en 1844, où l'on voit que douze cours d'appel contre deux ont émis l'avis que l'élection de domicile n'est pas une mention nécessaire (t. II, p. 478-495).

(1) M. Persil lui-même, qui, dans ses ouvrages, s'était prononcé pour la nullité, comme on l'a vu dans les notes qui précèdent, exprimait, au nom de la commission formée par le gouvernement en 1849, que la seule sanction pour omission de l'élection de domicile devait être d'autoriser toutes significations et notifications relatives à l'inscription au parquet du procureur de la république (voy. le Rapport, p. 176). C'était aussi l'avis exprimé par M. Bethmont au nom du conseil d'Etat (voy. le Rapport, p. 108); et il avait été admis par la commission de l'Assemblée législative, avec cette seule modification que les notifications et significations devaient être faites au bureau du conservateur des hypothèques (voy. le Rapport de M. de Vatimesnil, p. 50). Ajoutons que la solution qui avait été proposée par la commission du gouvernement et par le conseil d'Etat est aujourd'hui consacrée en Belgique par l'art. 83 de la loi du 16 déc. 1851. Voy. MM. Delebecque (*Comm. législ.*, p. 298); Martou, t. III, p. 145, 146).

connue. Toutefois la loi fait, entre la désignation du créancier et celle du débiteur, une différence qui est dans la nature même des choses, quoique cependant cette différence ait fini par s'effacer dans la jurisprudence. L'inscrivant, qui est en général ou le créancier ou son mandataire, sait tout ce qui concerne sa personne; il peut donc, sans aucun embarras, en dire les nom, prénoms, profession, domicile : aussi la loi s'en était-elle tenue, comme on le voit par le n° 1 des articles 2148 et 2153, à lui demander ces indications. Au contraire, il peut ne pas connaître toutes les désignations relatives à la personne du débiteur; la loi lui vient donc en aide par ce système des équipollents que la jurisprudence a ensuite généralisé en l'étendant à toutes les énonciations dont les bordereaux et les inscriptions doivent être composés (*suprà,* n° 960). En effet, le n° 2 de l'art. 2148 dit, des bordereaux relatifs à l'inscription des priviléges et des hypothèques judiciaires ou conventionnelles, qu'ils contiennent les nom, prénoms, domicile du débiteur, sa profession s'il en a une connue, *ou une désignation individuelle et spéciale, telle que le conservateur puisse reconnaître et distinguer dans tous les cas l'individu grevé d'hypothèque;* et l'article 2153, relatif à l'inscription des droits d'hypothèque purement légale, reproduisant la même pensée en termes plus brefs (et aussi moins équivoques, comme on le verra au n° 978), dit également que les bordereaux contiennent les nom, prénoms, profession, domicile *ou désignation précise* du débiteur.

En présence de ce système des équipollents que la loi consacre ici d'une manière expresse, nous n'avons pas à insister sur les éléments constitutifs de l'énonciation relative à la désignation du débiteur; nos observations à cet égard se confondent avec celles que nous présenterons tout à l'heure (n°s 977 et suiv.) sur le point de savoir si cette énonciation est, plus que la désignation du créancier, nécessaire à la validité de l'inscription.

Mais il y a quelques hypothèses particulières à prévoir; ainsi, le débiteur peut être décédé quand l'inscription est requise; l'immeuble grevé peut avoir changé de mains; l'inscription peut être requise sur un immeuble engagé par le propriétaire pour sûreté de la dette d'autrui : quel est le débiteur à désigner dans ces divers cas?

973. Le débiteur est décédé quand l'inscription est requise. Nous supposons, bien entendu, que la succession a été acceptée purement et simplement; car l'art. 2146, prévoyant le cas d'acceptation bénéficiaire, nous a dit que, dans ce cas, les inscriptions ne produisent aucun effet entre les créanciers de la succession si elles n'ont été faites par l'un d'eux que depuis l'ouverture (voy. *suprà,* n°s 912 et suiv.). Ainsi, le débiteur est décédé, et sa succession étant acceptée purement et simplement, il s'agit d'inscrire l'hypothèque ou le privilége acquis sur ses immeubles avant son décès. Comment l'inscrivant fera-t-il la désignation? S'il n'y avait que le texte des art. 2148 et 2153, tous les héritiers devraient être individuellement désignés. Mais l'inscrivant sait-il quels sont ces héritiers? Les connaît-il tous? Ne se peut-il pas

même qu'il ignore le décès du débiteur? Comment donc s'y prendrait-il pour faire une désignation complète et régulière? Le législateur, prévoyant cette situation, ses difficultés et ses embarras, vient au secours de l'inscrivant par l'art. 2149, aux termes duquel « les inscriptions à faire sur les biens d'une personne décédée *pourront* être faites sous la simple désignation du défunt, ainsi qu'il est dit au n° 2 de l'art. 2148. »

Ainsi, la loi donne, dans ce cas, une faculté dont l'inscrivant peut user ou ne pas user. S'il n'en use pas, la règle sera dans l'art. 2148 et tous les héritiers du défunt devront être indiqués individuellement, comme le dit cet article, par leur nom, leurs prénoms, leur domicile, leur profession s'ils en ont une connue, ou par une désignation individuelle et spéciale qui ne laisse aucun doute sur l'individualité. C'est tant pis pour lui si, acceptant une tâche aussi lourde quand il lui serait loisible de s'en décharger, il fait des désignations incomplètes ou insuffisantes.

Au contraire, s'il veut user de la faculté que lui donne l'art. 2149, il lui suffira de désigner le défunt; mais il faudra, la loi le dit expressément, que la désignation soit faite dans les termes du n° 2 de l'article 2148, c'est-à-dire par le nom, les prénoms, le domicile, la profession, ou tout au moins par une désignation individuelle et spéciale telle que le conservateur puisse reconnaître et distinguer, dans tous les cas, le débiteur contre lequel l'inscription est prise.

974. Du reste, la loi ne fait aucune réserve, et la faculté qu'elle donne à l'inscrivant lui appartient, soit qu'il ait connu le décès de son débiteur, soit qu'il l'ait ignoré (1); elle lui appartiendrait également, quand même l'héritier ou l'un d'eux aurait reconnu la dette et en aurait fourni titre nouvel. Cependant M. Persil, argumentant de l'art. 879 du Code civil, d'après lequel le droit de demander la séparation des patrimoines ne peut plus être exercé lorsqu'il y a *novation* dans la créance contre le défunt par l'acceptation de l'héritier pour débiteur, enseigne que, dans ce cas, l'héritier s'étant obligé personnellement à la dette, ayant fait une novation en se substituant au débiteur primitif, c'est contre lui et non contre le défunt que l'inscription doit nécessairement être prise (2). Mais l'auteur se méprend en ceci sur le mot *novation* employé dans l'art. 879. M. Martou (3) explique très-bien qu'il ne s'agit pas là d'une novation dans le sens de l'art. 1271 du Code civil, la créance et le créancier ne changeant pas et le débiteur restant le même, puisque l'héritier n'est que le continuateur du défunt. L'article 879, dit M. Martou à très-juste raison, prive seulement le créancier du défunt de la faculté d'empêcher la confusion des deux patrimoines par une demande de séparation; et s'il y avait là une *novation* dans le sens absolu où l'entend M. Persil, il faudrait dire que l'inscription ne serait pas plus possible contre l'héritier que contre le défunt,

(1) Paris, 9 déc. 1811.
(2) Voy. M. Persil (art. 2140, n° 3).
(3) Voy. M. Martou (n° 1113).

par application de l'art. 1278, d'après lequel les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés.

975. Si l'immeuble a changé de mains quand l'inscription est requise, c'est toujours le débiteur originaire que l'inscrivant devra désigner dans l'inscription. La Cour de Nîmes avait pensé, au contraire, que, dans le cas donné, l'inscription avait pu être prise à la charge du tiers acquéreur ou du tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué. Mais la décision n'a pas tenu; et sur le pourvoi dont elle a été l'objet, la Cour de cassation, en s'attachant au texte même de l'art. 2148, a établi que le mot *débiteur,* mis dans la loi par opposition à celui de *créancier,* désigne, sans équivoque, celui qui a traité avec le créancier, qui a créé la dette et l'hypothèque, en un mot, le débiteur direct et originaire. Il est évident, ajoute la Cour de cassation, que les nom, prénoms et profession dont la mention est exigée, sont uniquement ceux de ce débiteur direct et originaire; et que lorsque immédiatement après, et sans aucune idée intermédiaire, il est dit que cette mention est requise afin que le conservateur puisse reconnaître l'*individu grevé d'hypothèque,* on ne peut entendre par ces dernières expressions que l'individu qui vient d'être désigué, par conséquent ce débiteur qui, en traitant avec le créancier, *s'est grevé d'hypothèque.* C'est là incontestablement la pensée de la loi, dont les termes généraux, impératifs, n'admettent aucune exception, et, par conséquent, excluent l'idée que l'inscription puisse être valablement prise à la charge du tiers acquéreur ou du tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué (1).

976. Supposons maintenant qu'un immeuble a été hypothéqué par un propriétaire pour garantir la dette d'autrui, les mêmes considérations conduisent à conclure que le débiteur à désigner, dans ce cas, est le propriétaire de l'immeuble grevé, et non celui qui est obligé personnellement au payement de la dette garantie. C'est, en effet, le propriétaire de l'immeuble *qui a créé la dette hypothécaire;* c'est lui qui *s'est grevé d'hypothèque :* il est précisément celui dont parle le n° 2 de l'art. 2148; c'est donc lui que l'inscription doit faire connaître, car si elle désignait le débiteur de l'obligation personnelle garantie, elle irait contre le texte de cette disposition, en même temps qu'elle manquerait son but, en ce qu'elle ne donnerait pas les indices nécessaires pour arriver à connaître la situation hypothécaire de celui dont la propriété est grevée (2).

977. Si, au point de vue de la publicité hypothécaire, il est sans in-

---

(1) Cass., 27 mai 1816. — *Junge :* Cass., 30 flor. an 13; Bruxelles, 2 janv. 1812; Liége, 11 août 1814. Voy. aussi MM. Merlin (*Rép.*, v° Hyp., sect. 2, § 2, art. 16); Persil (art. 2148, § 2, n° 5); Grenier (t. I, n° 87); Dalloz (v° Priv. et Hyp., p. 251); Duranton (t. XX, n° 110); Troplong (681 *ter*).

(2) Voy. Cass., 13 therm. an 12. — Voy. aussi MM. Martou (n° 1074); Delebecque (*Comm. législ.*, p. 304, n° 425). Ce dernier auteur pense cependant que l'inscription, dans ce cas, devrait désigner non-seulement le propriétaire de l'immeuble, mais encore le débiteur de l'obligation personnelle. C'est ajouter à la loi, qui ne demande pas la désignation de ce dernier débiteur.

térêt, comme nous l'avons démontré plus haut (voy. n° 969), que l'inscription désigne ou non le créancier, il en est tout autrement en ce qui concerne la désignation du débiteur. En effet, il importe au plus haut degré que la publicité éclaire et fasse connaître aux tiers l'état hypothécaire des immeubles qui leur sont offerts en gage. Or, pour que leur vigilance s'exerce utilement; pour qu'ils puissent se procurer des éclaircissements qui les mettent à l'abri; en un mot, pour qu'ils ne soient pas exposés à prêter à une personne dont le crédit immobilier serait absorbé ou atteint plus ou moins gravement par des inscriptions, il faut que les constatations des registres hypothécaires les mettent à même de vérifier si les biens de celui qui s'oblige envers eux sont grevés ou libres d'hypothèque. Et comment cela pourrait-il être si les inscriptions portées sur les registres ne faisaient pas connaître le débiteur contre lequel elles ont été requises? On comprend donc que cette énonciation est nécessaire à la validité de l'inscription, et même qu'entre les formalités requises par la loi elle est, selon l'expression des auteurs, l'une de celles dont l'observation doit être exigée le plus rigoureusement (1).

978. Toutefois, gardons-nous de voir dans chacun des éléments constitutifs de l'énonciation une formalité substantielle et nécessaire; et lorsque la loi dit que le débiteur sera désigné par le nom, les prénoms, le domicile et la profession, gardons-nous de penser que l'inscription devrait être annulée par cela seul que l'une des indications, ou même plusieurs, seraient omises ou inexactement faites. La loi elle-même exclut cette rigueur excessive; ce qu'elle demande uniquement, ce dont elle fait une condition nécessaire, c'est la désignation du débiteur, une désignation individuelle et spéciale, une désignation telle que, dans aucun cas, nul ne puisse s'y méprendre, ni le conservateur, ni les tiers. Elle ne se préoccupe en aucune manière des moyens à l'aide desquels la désignation est donnée; elle l'admet et s'en contente, dès qu'elle est faite de manière à ce que l'on ne puisse pas y être trompé: telle est la pensée que révèle le système des équipollents, expressément formulé dans le n° 2 des art. 2148 et 2153.

Cependant quelques auteurs, restreignant ce système, ont dit que c'est seulement quand la profession du débiteur n'est pas connue que l'inscrivant peut recourir aux équipollents; mais que rien ne supplée à la désignation du nom, des prénoms et du domicile (2). C'est une méprise que la contexture du n° 2 de l'art. 2148 a pu faire naître; mais elle ne tient pas devant le n° 2 de l'art. 2153. Le législateur y reprend la même pensée, et, la résumant dans une formule plus brève et en même temps plus nette, il exprime que les bordereaux contiennent « les nom, prénoms, professiou, domicile, *ou désignation précise* du débiteur. » Ici, pas d'équivoque; le texte est général, et, par sa contexture même, il indique que c'est, non pas seulement la profession, mais aussi tous les éléments constitutifs de l'énonciation, qui peuvent être sup-

---

(1) Voy. MM. Tarrible (v° Inscript. hyp., § 5, n° 9); Troplong (n° 680).
(2) Voy. M. Tarrible (*loc. cit.*). — Voy. aussi M. Persil (art. 2148, n° 3).

pléés par une désignation précise, c'est-à-dire par cette désignation individuelle et spéciale dont parle l'art. 2148. Et cela est parfaitement raisonnable; car, s'il n'y a pas d'incertitude possible sur l'individualité du débiteur, s'il ne peut y avoir ni méprise ni erreur, le but de la loi est rempli : peu importent les moyens par lesquels il a été atteint. La jurisprudence, au surplus, s'est constamment prononcée en ce sens (1).

VIII. — 979. Les bordereaux et l'inscription contiennent, en troisième lieu, la *nature* et la *date* du titre. Mais il n'en est pas de cette troisième indication comme des deux précédentes : elle n'est exigée que pour les bordereaux tendant à l'inscription des priviléges et à l'inscription des hypothèques judiciaires ou conventionnelles. Quant aux hypothèques légales, elles existent généralement sans titre écrit; leur titre est dans la loi elle-même. C'est pour cela, comme on l'a vu plus haut, que la première condition à remplir par le créancier requérant inscription, c'est-à-dire la représentation au conservateur des hypothèques du titre d'où procède l'hypothèque ou le privilége, n'est pas imposée à celui qui requiert l'inscription d'une hypothèque légale (voy. n° 939). C'est pour cela également que la mention du titre ne devait pas être exigée pour la rédaction des bordereaux tendant à l'inscription d'une telle hypothèque. Aussi voit-on que la mention est requise seulement par l'art. 2148, et qu'il n'en est nullement question dans l'article 2153.

980. Cependant il est un cas où l'inscription, quoique tendant à la conservation d'une hypothèque légale, doit, par un effet de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, mentionner, avec le montant de la créance dont nous parlerons bientôt (voy. n°s 985 et suiv.), le titre même de cette créance : c'est lorsque l'inscription a pour objet de conserver les droits résultant de la subrogation consentie par une femme mariée à son hypothèque légale sur les biens de son mari. Avant la loi précitée, le créancier subrogé n'avait pas à faire cette mention, bien que quelques auteurs aient émis l'avis contraire. Comment, en effet, et en vertu de quel texte aurait-on pu l'exiger? D'une part, si l'hypothèque dans laquelle il était subrogé conservait entre ses mains, comme cela est certain, le caractère d'hypothèque légale, il était régi par l'art. 2153 : or cet article n'exige pas qu'il soit fait mention, dans les bordereaux ni dans l'inscription, du titre de la créance. D'une autre part, l'hypothèque fût-elle envisagée comme conventionnelle par cela seul qu'elle était sortie des mains de la femme, la règle était, à la vérité, dans l'art. 2148; mais le créancier pouvait dire, sur l'autorité d'une jurisprudence rappelée au numéro suivant, que, d'après cet article, le titre à mentionner dans les bordereaux et dans l'inscription s'entend du

(1) Voy. les arrêts de la Cour de cassation des 3 juin 1811, 2 mars et 17 déc. 1812, 17 mars 1813, 25 juin 1821, 8 juill. 1840, 19 juill. 1841, et un arrêt de Bordeaux du 19 janv. 1849 (S.-V., 40, 1, 990; 41, 1, 731; 49, 2, 681). *Junge :* Rouen, 24 avr. 1874 (S.-V., 74, 2, 277; *J. Pal.*, 1874, p. 1159; Dall., 75, 2, 13). — *Comp.* Chambéry, 22 mars 1872 (Dall., 74, 2, 198).

titre originaire, constitutif, de l'hypothèque, et nullement du *titre translatif* de cette hypothèque à un cessionnaire.

Aujourd'hui, et depuis la loi du 23 mars 1855, c'est autre chose : non pas que cette loi ait dit expressément que désormais le créancier subrogé à l'hypothèque légale de la femme aurait à faire connaître son titre, avec le montant de la créance, dans l'inscription ou la mention de la subrogation (ceci aurait touché à la forme, dont la loi, comme nous l'avons montré aux n°s 780 et 790, ne s'occupe pas directement), mais parce que c'est une conséquence toute naturelle de la situation nouvelle que la loi a créée. Cette inscription ou cette mention n'est plus, comme avant la loi du 23 mars 1855, un simple instrument de publicité. Cette dernière loi en a fait en outre une condition essentielle de la transmission du droit hypothécaire (voy. *suprà,* n° 790). L'inscription ou la mention opère ainsi une sorte de saisine; elle est précisément, à cet égard, ce qu'est, dans les transports, la signification faite au débiteur. Et puisque la loi consacre cette saisine en principe, puisqu'elle entend que l'inscription ou la mention de la subrogation rendra le cessionnaire propriétaire même à l'égard des tiers, elle suppose donc que l'on portera à la connaissance de ces tiers, avec le montant de la créance cédée, le titre même du cessionnaire.

Mais à part ce cas, répétons-le, l'énonciation du titre n'est requise que dans les bordereaux et les inscriptions ayant pour objet la conservation des priviléges et des hypothèques judiciaires ou conventionnelles.

981. Le titre qui doit être mentionné est le titre constitutif du privilége ou de l'hypothèque. Ainsi, celui qui a droit à la totalité d'une créance provenant de plusieurs individus n'a pas besoin d'énoncer, dans son inscription, la série des titres par lesquels il a acquis les diverses parties de la créance; il suffit qu'il énonce le titre constitutif de l'hypothèque. De même, lorsque la créance est établie par un acte notarié portant titre nouvel, il suffit que l'inscription contienne mention de cet acte, et il n'est pas nécessaire que l'acte primitif y soit relaté. Pareillement, lorsqu'une caution s'est obligée avec affectation hypothécaire sur ses biens, le titre à énoncer dans l'inscription prise par le créancier est, non pas l'acte primitif par lequel le débiteur principal s'est obligé à fournir le cautionnement, mais l'acte subséquent par lequel la caution a consenti l'hypothèque (1).

Si le titre constitutif de l'hypothèque était insuffisant et ne pouvait avoir d'effet sans le secours d'une ratification ou d'une confirmation ultérieure, c'est en général par la réunion des deux actes que l'engagement est formé; en sorte que l'acte de confirmation ou de ratification doit aussi être énoncé dans l'inscription (2).

(1) Voy. Paris, 26 mars 1808; Bruxelles, 28 janv. 1819; Colmar, 3 mai 1820; Rej., 12 déc. 1821. — *Junge:* Req., 25 avr. 1810; Rej., 3 févr. 1819; Req., 30 mai 1843; Bordeaux, 6 mai 1848 (S.-V., 43, 1, 476; 49, 2, 609; Dall., 50, 2, 11).

(2) Voy. M. Grenier (t. I, n° 46). — Voy. aussi Paris, 11 août 1808, et Bruxelles, 26 déc. 1816.

Enfin, si la créance a été cédée avant d'être inscrite, c'est le titre *originaire* constitutif de l'hypothèque, et non pas le titre *translatif* de la créance, qui doit être mentionné, même quand l'inscription est requise par le cessionnaire en son nom : car la loi, qui parle du titre, entend par là le titre qui a créé l'hypothèque, et ne fait aucune distinction entre le cas où la créance est encore aux mains du créancier originaire et celui où elle en est sortie par une cession (1). Il n'y a d'exception que pour le cas de subrogation dont nous parlons au numéro précédent.

982. Comment l'énonciation doit-elle être faite? La loi du 11 brumaire an 7, à laquelle a été empruntée la disposition de l'art. 2148, s'était montrée fort sobre à cet égard. L'art. 17, n° 3, demandait seulement « la date du titre, ou, à défaut du titre, l'époque à laquelle l'hypothèque avait pris naissance. » Ainsi, tout se réduisait à l'indication de la date. L'art. 2148 du Code civil veut aussi que l'énonciation relative au titre soit faite par l'indication de la date; mais il demande en outre l'indication de la *nature* du titre. L'énonciation a donc aujourd'hui deux éléments constitutifs.

Quant à la *date* du titre, il n'y a pas d'équivoque possible; notons seulement que la date à indiquer n'est pas nécessairement celle du titre qui créé l'obligation. Lorsque l'hypothèque ne résulte pas de ce titre, mais qu'elle a été consentie par un acte ultérieur, c'est la date de ce dernier acte qui doit être indiquée : celle des deux pourrait être portée sans doute dans l'inscription; mais il suffit de mentionner celle du second, puisque c'est dans le second qu'est le titre constitutif de l'hypothèque.

Quant à la *nature* du titre, plusieurs arrêts supposent que l'indication a trait à la forme, et qu'ainsi l'inscription satisfait aux prescriptions de la loi quand elle indique que l'acte a été passé par-devant notaire, en la forme requise par l'art. 2127 (*suprà*, n°s 655 et suiv.), pour la constitution d'hypothèque (2). Évidemment, telle n'est pas la pensée de la loi, puisqu'en l'entendant ainsi on en restreindrait la disposition à l'hypothèque conventionnelle, tandis que l'art. 2148 a en vue, avec cette hypothèque, les priviléges et l'hypothèque judiciaire. Le législateur, lorsqu'il demande l'indication de la *nature* du titre dans les bordereaux et dans l'inscription, entend que l'inscrivant fera connaître la nature du droit qui lui appartient. Ainsi, il dira que la créance inscrite dérive d'un jugement, et, par là, les tiers apprendront qu'il s'agit d'une hypothèque judiciaire embrassant la généralité des biens du débiteur; il dira que la créance a sa cause dans un partage de succession, et, par là, les tiers apprendront qu'il s'agit du privilége du copartageant; il dira que l'hypothèque procède d'une obligation de somme ou d'une convention de prêt, et, par là, les tiers apprendront qu'il s'agit d'une hypo-

(1) Voy. Req., 4 avr. 1810 et 24 nov. 1812; Cass., 7 oct. 1812. — Voy. cependant M. Grenier (n° 91).
(2) Voy. Poitiers, 28 juill. 1814; Req., 11 mars 1816; Bruxelles, 19 janv. 1816 et 5 mars 1829; Douai, 7 janv. 1819; Toulouse, 23 mai 1820; Req., 1er févr. 1825.

thèque conventionnelle, c'est-à-dire spéciale, etc. Telle est incontestablement la pensée de la loi (1). Elle était formulée en ce sens dans les projets de réforme discutés en France soit en 1841, soit de 1849 à 1851; et la loi belge du 16 décembre 1851 a voulu l'exprimer en disant, dans son art. 83, que les bordereaux contiennent : «... 3° l'*indication spéciale* de l'acte qui confère l'hypothèque ou le privilége, et la date de cet acte. » (2)

983. Ceci dit, nous avons précisé par cela même l'objet de la disposition qui veut l'énonciation, dans les bordereaux et dans l'inscription, du titre constitutif de l'hypothèque, et qui, fixant les deux éléments de cette énonciation, demande l'indication de la date et de la nature du titre. Il en résulte que, dans la pensée de la loi, l'inscription doit mettre les tiers en mesure de vérifier si le titre est ou non prescrit, et de connaître quel est le droit dont jouit le créancier inscrit.

984. Mais il nous reste à voir qu'elle est, au point de vue de la publicité, l'importance de l'énonciation, et si, soit l'omission de l'un de ses éléments constitutifs, soit même l'omission complète, entraînerait nullité de l'inscription. A cet égard, l'opinion dominante des auteurs tient pour la nullité; M. Tarrible résume cette opinion en ces termes : « L'omission des deux formalités, ou seulement de l'une d'elles, répandrait sur la déclaration une obscurité totalement opposée à l'esprit de la loi. L'omission de la date du titre laisse dans l'incertitude sur l'époque plus ou moins reculée où elle remonte. L'omission de la nature du titre rejette dans le vague la cause de la créance et l'idée que l'on peut s'en former. L'omission de la date et de la nature du titre cumule tous les inconvénients qui dérivent de l'une et de l'autre. Nous pensons, d'après ces motifs, que les deux conditions sont essentielles, et doivent être rigoureusement remplies. » (3)

Quant à la jurisprudence, à l'époque où elle était empreinte d'une sévérité plus qu'exagérée, elle tenait l'énonciation de la *date* du titre comme essentielle (4); cependant, elle admettait que l'inscription n'était pas nécessairement nulle parce que la *nature* du titre n'y était pas énoncée (5). Depuis, faisant un pas de plus, lorsqu'elle est entrée dans le système des équipollents, elle a reconnu que la *date* elle-même peut être omise ou inexactement indiquée, sans compromettre le sort de l'inscription, si l'omission ou l'erreur n'a pas été la cause d'un préjudice

(1) Voy. MM. Tarrible (*Rép.*, v° Inscript. hyp., § 5, n° 10); Troplong (n° 682).

(2) Voy. MM. Delebecque (*Comm. législ.*, p. 298); Martou (t. III, p. 146 et n° 1075).

(3) Voy. MM. Tarrible (v° Inscript. hyp., § 5, n° 10); Merlin (v° Hyp., sect. 2, § 2, art. 10); Persil (art. 2148, § 3, n°s 1 et 2); Grenier (t. I, n° 97); Zachariæ (t. II, p. 172, note 7); Duranton (t. XX, n° 112); Solon (*Des Null.*, n° 362); Aubry et Rau (t. II, p. 792, note 15; 4e édit., t. III, p. 348, note 15). Voy. aussi Req., 1er mai 1860 (S.-V., 61, 1, 267; *J. Pal.*, 1861, p. 1054); Dall., 60, 1, 510).

(4) Voy. les arrêts de la Cour de cassation des 22 avr. 1807, 11 nov. 1811, 8 oct. 1812, 11 mars 1816, 3 févr. 1819, 12 déc. 1821, 19 juin 1833 et 30 mai 1843.

(5) Voy. les arrêts déjà cités de la Cour de cassation des 11 mars 1816, 3 févr. 1819, 7 mai 1823; de Paris, 11 août 1808, 9 déc. 1811 et 3 juill. 1815; de Douai, 7 janv. 1819, et de Toulouse, 23 mai 1820.

ou s'il y était suppléé par d'autres indications (1); et aujourd'hui, elle tient encore que la formalité est essentielle, et qu'en conséquence, l'absence de l'énonciation doit entraîner nullité de l'inscription quand l'omission est absolue, c'est-à-dire quand il n'est fait mention, dans l'inscription, ni de la date, ni de la nature du titre (2).

Nous pensons que, même dans ces derniers termes, la jurisprudence va au delà d'une juste mesure, et qu'en prononçant la nullité elle sacrifie, sans motif légitime, l'intérêt du créancier inscrit sans énonciation du titre à celui des autres créanciers qui ont pu traiter plus tard avec le même débiteur. En définitive, qu'importent à ces derniers créanciers la date et la nature de l'hypothèque dont le registre du conservateur leur révèle l'existence? Et quel préjudice peut leur occasionner l'ignorance dans laquelle les inscriptions préexistantes les laisseraient à cet égard? Après tout, ces inscriptions viendront toutes à l'ordre quand, le gage étant réalisé, il s'agira d'en distribuer le prix. Les titres seront produits alors, puisque, sans cela, le créancier ne pourrait pas être colloqué dans l'ordre, et il sera temps d'en discuter la nature et la date. Étaient-ils prescrits au moment de l'inscription, ils seront écartés, et le titulaire sera rejeté de l'ordre : en quoi donc les créanciers inscrits après auraient-ils à se plaindre d'avoir ignoré jusque-là la date de ce titre rejeté? Étaient-ils en pleine vigueur, ils seront maintenus : et, dans ce cas encore, en quoi les créanciers auraient-ils à se plaindre? Que leur importe que les titres maintenus soient de telle ou telle nature, et qu'ils remontent à une époque plus ou moins reculée? Ce n'est pas la date du titre qui fixe le rang hypothécaire, c'est l'inscription qui donne son rang à la créance si elle est hypothécaire, ou la fait remonter si elle est privilégiée. Or cette inscription était sur les registres du conservateur; elle a été ou a pu être connue des tiers; elle leur a dit que les biens du débiteur étaient grevés : il n'en fallait pas davantage pour les tenir en éveil; et si, malgré cela, ils ont consenti à livrer leurs fonds, c'est qu'ils en ont voulu courir le risque : la loi n'a pas à leur subvenir. — En résumé, l'énonciation du titre par l'indication de sa date et de sa nature n'est pas constitutive de la publicité hypothécaire; et nous sommes dans la règle générale précisée plus haut (nº 959) en concluant que l'irrégularité, ou même l'omission absolue de l'énonciation, ne saurait entraîner la nullité de l'inscription (3).

Nous ne ferons exception que pour le cas de subrogation dont nous avons parlé au nº 980. Encore même n'est-ce pas une exception, l'inscription ou la mention étant, dans ce cas, comme nous l'avons dit, non pas seulement un instrument de publicité, mais le fait juridique

(1) Voy. les arrêts de la Cour de cassation des 17 août 1813 et 2 août 1820. — *Junge* : Bordeaux, 14 août 1836; Toulouse, 9 août 1844; Lyon, 20 juill. 1847 (*J. Pal.*, 1837, t. II, p. 506; 1844, t. II, p. 446; 1848, t. I, p. 177).

(2) Voy. Cass., 2 mars 1853 (*J. Pal.*, 1853, t. II, p. 448). — Voy. aussi Montpellier, 27 juin 1846 (*J. Pal.*, 1846, t. II, p. 213). *Junge* l'arrêt de la chambre des requêtes, du 1er mai 1860, cité à l'une des notes précédentes.

(3) Voy. Paris, 22 frim. an 13; Bruxelles, 29 janv. 1851 (*J. Pal.*, 1851, t. I, p. 306). — Voy. aussi MM. Toullier (t. VII, nº 510); Troplong (nº 682); Taulier (t. VII, p. 340).

qui opère la saisine, et, par ce motif, rend nécessaire la notification aux tiers du titre translatif.

IX. — 985. La quatrième énonciation des bordereaux et de l'inscription a pour objet l'indication du montant de la créance garantie par le privilége ou par l'hypothèque. Cette énonciation, qui est exigée tant par l'art. 2148 que par l'art. 2153, et qui, par conséquent, est, comme les deux premières, une formalité commune aux priviléges et à toutes les espèces d'hypothèques, cette énonciation est vraiment essentielle. C'est par l'indication du montant de la créance garantie par l'hypothèque ou par le privilége que les registres du conservateur mettront les tiers en état d'apprécier la mesure dans laquelle le crédit hypothécaire du débiteur est affecté, et de voir, en comparant la quotité des obligations contractées avec la valeur des biens qu'elles affectent, si les immeubles du débiteur présentent encore un gage suffisant et tel que de nouvelles hypothèques y puissent être assises. La publicité hypothécaire serait incomplète, elle n'existerait réellement pas, si les registres du conservateur ne fournissaient pas cet élément d'appréciation. C'est pourquoi l'indication du montant de la créance est une condition nécessaire à la validité de l'inscription, qui est l'instrument de la publicité.

Est-ce à dire pourtant que non-seulement l'omission complète de l'énonciation, mais encore l'insuffisance ou l'inexactitude dans la mention des éléments qui la constituent, doivent entraîner la nullité de l'inscription? Non, sans doute; il y a des tempéraments commandés par la nature même des choses : c'est ce que nous allons montrer en nous occupant successivement de l'inscription des priviléges et des hypothèques conventionnelles ou judiciaires (art. 2148), et de l'inscription des droits d'hypothèque purement légale (art. 2153).

986. Aux termes de l'art. 2148, les bordereaux tendant à l'inscription des priviléges et des hypothèques judiciaires ou conventionnelles doivent contenir « le montant du capital des créances exprimées dans le titre, ou évaluées par l'inscrivant, pour les rentes et prestations, ou pour les droits éventuels, conditionnels ou indéterminés, dans les cas où cette évaluation est ordonnée, comme aussi le montant des accessoires de ces capitaux et l'époque de l'exigibilité. » Ainsi, dans le cas prévu par cet article, il y a trois choses à déclarer dans les bordereaux : le montant de la créance en capital, qui doit être indiqué soit par la somme exprimée au titre lorsqu'elle est déterminée, soit, si la somme n'est pas déterminée, par une somme à laquelle l'inscrivant doit évaluer sa créance; le montant des accessoires du capital; l'époque de l'exigibilité.

987. Quant au capital, l'indication en est nécessaire : l'inscription qui n'en contiendrait pas l'expression serait radicalement nulle. L'inscription dans laquelle aucun capital n'est mentionné est comme si elle n'existait pas; car, à défaut d'indication, les tiers ont pu et ont dû croire que l'inscription ne portait pas, et que les immeubles étaient complétement libres d'hypothèque.

Mais si l'indication était inexacte, en ce que l'inscrivant y aurait fait porter une somme plus forte ou plus faible que le capital exprimé au titre, est-ce que la nullité de l'inscription devrait être également prononcée? On pourrait dire que lorsque le législateur demande que le montant du capital soit indiqué dans l'inscription par les *créances exprimées dans le titre,* l'on n'obéit à la volonté de la loi qu'en établissant une conformité parfaite entre le chiffre de l'inscription et celui du titre. Mais ce serait là, il en faut convenir, pousser la rigueur jusqu'au dernier degré d'exagération : aussi nul n'est jamais allé jusqu'à dire que l'inscription dût être annulée en son entier dans ce cas. Il suffit, pour satisfaire à toutes les exigences et concilier tous les intérêts, de tenir que l'inscription ne vaudra jamais que pour les sommes à raison desquelles elle a été requise. Ainsi, l'inscrivant a-t-il énoncé, dans l'inscription, une somme supérieure à celle qui lui est due d'après son titre, le débiteur aura le droit de faire réduire l'inscription, pour que ses immeubles ne restent pas grevés de charges excessives affectant indûment son crédit. Et, si cette réduction n'a pas été demandée par le débiteur lui-même, les créanciers inscrits après celui dont la créance est inférieure à la somme accusée par l'inscription y aviseront en exigeant que la collocation de ce créancier, dans l'ordre, soit réduite dans la mesure de sa créance. L'inscrivant a-t-il, au contraire, énoncé une somme inférieure au capital des créances exprimées au titre, l'inscription ne vaudra que pour la somme déclarée, parce que les tiers ont dû croire que les immeubles n'étaient engagés que jusqu'à concurrence de cette somme : le créancier inscrit viendra comme créancier chirographaire pour le surplus.

Voilà pour le cas où le capital dû à l'inscrivant est déterminé dans son titre.

988. Mais la loi, comme nous l'avons dit, suppose, en outre, le cas où le capital n'est pas déterminé, par exemple parce que l'obligation hypothécaire a pour objet des prestations en nature, parce qu'elle consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose, parce qu'elle est éventuelle et indéterminée dans sa valeur. Le législateur veut que l'inscrivant évalue sa créance de manière à ce que, même dans ce cas, le capital garanti par l'hypothèque soit déclaré dans l'inscription. Ici encore, les règles d'appréciation sur ce que vaut l'inscription seront les mêmes que dans le cas précédent. Ainsi, il faut un capital déclaré; c'est la condition nécessaire dans tous les cas; car, avant tout, il faut que les tiers soient avertis et ne puissent pas être trompés. Donc, si l'inscrivant, méconnaissant ces dispositions de la loi, ne fait mentionner aucun capital dans l'inscription, il n'y a pas de créance hypothécaire, et tout se passera comme s'il était purement chirographaire. Au contraire, si, faisant l'évaluation exigée, il déclare le capital auquel il fait porter ses prétentions, ce capital ne donne la mesure de la créance hypothécaire que sauf le droit, pour le débiteur et pour les créanciers, de le faire réduire si l'évaluation en a été faite avec exagération, et sans préjudice

pour l'inscrivant, si l'évaluation est insuffisante, de prendre des inscriptions nouvelles qui, toutefois, prendront rang seulement à leur date, le tout suivant les règles exposées dans notre commentaire de l'art. 2132 (voy. *suprà,* n°s 707 et suiv.).

989. Tout ceci est sans difficulté; mais la loi est moins nette sur le point de savoir quels sont précisément les cas dans lesquels l'évaluation requise doit être faite par l'inscrivant.

Et d'abord, si les droits éventuels, conditionnels ou indéterminés, résultent d'une obligation conventionnelle souscrite avec affectation hypothécaire, il n'est pas douteux que l'évaluation ne doive être faite. Il s'agit là d'une hypothèque conventionnelle; c'est l'hypothèse prévue par l'art. 2132, qui ordonne expressément l'évaluation dans ce cas; et l'art. 2148 se réfère positivement à cet article, puisqu'il dit que les bordereaux, et partant l'inscription, doivent contenir le montant des créances évaluées par l'inscrivant, *dans les cas où cette évaluation est ordonnée.* Notons seulement que les droits éventuels et conditionnels ne sont pas nécessairement indéterminés dans leur valeur; ils peuvent avoir une valeur fixe et positive. Ceci est expliqué dans notre commentaire de l'art. 2132, où il est établi que, dans ce cas, il n'y a pas d'évaluation à faire par l'inscrivant (voy. n° 706). Nous nous référons, sur ce point, à nos observations en rappelant que, dans l'hypothèse, l'inscrivant n'a pas d'autre chiffre à porter dans ses bordereaux que celui de la créance éventuelle ou conditionnelle, avec indication de la condition ou de l'éventualité à laquelle son droit est subordonné.

Si les droits conditionnels, éventuels ou indéterminés, résultent de la loi et se trouvent ainsi garantis par uue hypothèque légale, il n'y a pas de doute non plus sur le parti à prendre : l'inscrivant n'a aucune évaluation à faire, aucune valeur à fixer dans son inscription. Ce cas, en effet, est régi, non point par l'art. 2148, dont nous nous occupons en ce moment, mais par l'art. 2153, et ce dernier article, auquel nous allons arriver bientôt (voy. n° 996), dit précisément dans son n° 3 que le montant de la valeur des droits à conserver n'a pas à être fixé dans les bordereaux, *quant à ceux de ces droits qui sont conditionnels, éventuels ou indéterminés.*

Mais que faut-il décider dans le cas où les droits éventuels et indéterminés résultent d'un jugement, et sont ainsi garantis par une hypothèque judiciaire? C'est là un point très-gravement controversé entre les auteurs, bien que la jurisprudence l'ait résolu constamment d'une manière invariable. Si le créancier, ont dit les arrêts, est tenu de faire l'évaluation de la créance indéterminée qu'il veut assurer par l'inscription, et s'il doit faire déclarer dans l'inscription la somme à laquelle il évalue ses droits, c'est seulement, d'après l'art. 2148, *dans les cas où cette évaluation est ordonnée.* Or l'évaluation n'est ordonnée que par l'art. 2132, et cet article a en vue seulement les créances garanties par une hypothèque conventionnelle. Donc l'évaluation n'est pas obligatoire dans les inscriptions ayant pour objet la conservation d'hypothè-

ques judiciaires (1). Ainsi raisonnent aussi nombre d'auteurs (2); et il faut dire que si ce n'est pas là la pensée réelle de la loi, c'est au moins le sens apparent des textes.

Il y a pourtant de très-graves présomptions en faveur de l'opinion contraire, admise d'ailleurs par la majorité des auteurs (3). — En principe, il faut que l'inscription fasse connaître aux tiers le montant des créances garanties par les hypothèques qui grèvent les immeubles, parce que c'est par là principalement que la situation hypothécaire du propriétaire est mise à jour, et que les tiers qui voudraient traiter avec lui apprennent dans quelle mesure ils peuvent faire fonds sur son crédit immobilier. Que les créances garanties par les hypothèques inscrites soient déterminées ou indéterminées, l'intérêt des tiers est le même sous ce rapport; et voilà pourquoi la loi veut que l'inscrivant, alors que sa créance est indéterminée, fasse porter dans l'inscription la somme à laquelle sa prétention est par lui évaluée. C'est la règle; et, notons-le bien, cette règle, qui rentre si parfaitement dans le principe de la publicité hypothécaire, est écrite dans l'art. 2148, c'est-à-dire dans une disposition dont l'objet précisément est d'organiser les formalités relatives à l'inscription. Or que devient cette règle, s'il faut entendre le texte où elle est formulée dans le sens où il est pris par la jurisprudence et par quelques auteurs? Il est clair qu'elle est à peu près annihilée. Supposons, en effet, que l'inscription d'une créance indéterminée ne doive mentionner le montant de cette créance que dans le cas où l'évaluation est ordonnée par l'art. 2132 : que faudra-t-il conclure? Que l'inscription pourra se produire sans énonciation d'aucun capital, non-seulement quand elle aura pour objet la conservation d'une créance indéterminée résultant d'un jugement, mais encore quand elle tendra à la conservation d'une créance privilégiée, car l'art. 2132 ne parle pas plus des priviléges qu'il ne parle des hypothèques judiciaires. Et comme, d'après la disposition formelle de l'art. 2153, n° 3, le montant de la créance indéterminée résultant de la loi ne doit pas non plus être mentionné dans l'inscription de l'hypothèque légale par laquelle la créance est garantie, il s'ensuit que notre règle devient une exception qui n'aurait d'application qu'à l'inscription de l'hypothèque conventionnelle!

---

(1) Req., 4 août 1825; Paris, 16 mars 1822; Rouen, 19 févr. 1828; Limoges, 5 déc. 1839; Rouen, 8 févr. 1851 (Dall., 29, 2, 32; 40, 2, 149; *J. Pal.*, 1840, t. I, p. 539; S.-V., 40, 2, 245; 51, 2, 715).

(2) Voy. MM. Duranton (t. XX, n°s 116 et 117); Troplong (n° 684); Zachariæ (§ 274, texte et note). — M. Vaugeois, professeur à la Faculté de droit de Nancy, a récemment embrassé cette opinion, qu'il défend avec autorité dans une dissertation spéciale très-développée (*Rev. prat.*, t. X, p. 5 à 70). M. Mourlon, qui l'avait d'abord émise dans la 1re édit. de ses *Répétitions écrites*, y revient dans les dernières, après l'avoir momentanément abandonnée (*Rép. écrit.*, 7e édit., p. 639; *Exam. crit.*, n° 158).

(3) Voy. MM. Tarrible (v° Inscript. hyp., § 5, n° 11); Grenier (t. I, n° 201); Sirey (*Rec.*, t. XXII, part. 1re, p. 381); Battur (t. III, n° 442); Dalloz, qui rétracte l'opinion contraire émise dans la 1re édit. du *Répertoire* (v° Priv. et Hyp., n° 1567); Aubry et Rau (4e édit., t. III, p. 339 et note 7).

Il est difficile d'admettre que l'art. 2148 ait été conçu dans cette pensée restrictive, et qu'il ait voulu faire une brèche aussi large au principe de la publicité, d'autant plus qu'en le circonscrivant ainsi dans le cercle étroit où se renferme l'art. 2132, on fait de la dernière partie de l'art. 2153 une disposition sans objet et complétement inutile. Car, s'il est vrai que l'évaluation ne soit nécessaire que pour l'inscription de l'hypothèque conventionnelle attachée à une créance indéterminée, à quoi bon dire que la créance indéterminée garantie par une hypothèque légale n'est pas sujette à l'évaluation, et que l'inscription en peut être faite sans énonciation de la valeur? Est-ce que cela ne résulterait pas suffisamment de l'art. 2148 lui-même, s'il était vrai que l'obligation de mentionner les créances évaluées ne fût imposée, par cet article, que pour l'inscription des hypothèques conventionnelles?... Ne prêtons pas trop aisément au législateur de telles inadvertances et reconnaissons que chacune de ses dispositions a ici son objet et sa portée; qu'ainsi, l'art. 2148 pose la règle générale dérivant du principe même de la publicité, tandis que l'art. 2153 consacre une exception motivée par la faveur dont jouissent les créances qui en sont l'objet. Et concluons que l'inscription des créances indéterminées résultant des jugements reste soumise à la règle générale; parce que le législateur n'a pas étendu l'exception à ces créances; parce que cette exception n'aurait aucune raison d'être, une créance n'étant, en général, ni plus favorable, ni d'une détermination plus difficile, quand elle résulte d'une condamnation judiciaire, que lorsqu'elle procède d'une simple convention; enfin, parce que l'exception contrarierait ouvertement, sans aucun motif raisonnable, le grand principe de la publicité.

990. Terminons sur ce premier élément de l'énonciation relative à l'indication de la créance dans l'inscription du privilége ou de l'hypothèque judiciaire ou conventionnelle, en rappelant que le montant du capital évalué doit être précisé, aux termes de l'art. 2148, non-seulement quand il s'agit des droits indéterminés dont nous venons de parler, mais encore lorsqu'il s'agit de *rentes et de prestations*.

Sur quoi nous avons deux observations à présenter.

S'il s'agit de prestations en nature, par exemple d'une rente en grains, l'évaluation sera faite par l'inscrivant d'après les mercuriales du temps où il prend l'inscription; et quelque variation qui survienne par la suite, quelles que soient les mercuriales de l'époque où l'ordre viendra à s'ouvrir, l'inscrivant sera colloqué sur le pied de l'évaluation par lui faite lors de l'inscription (1).

S'il s'agit d'une rente perpétuelle ou même viagère, il sera bon, sans doute, que l'inscription en mentionne le capital évalué; mais cela ne sera pas indispensable. Il est toujours aisé, pour les tiers, de déterminer le capital d'après la nature de la rente et le taux des arrérages : il suf-

(1) Voy. Liége, 24 août 1809. — *Junge :* MM. Merlin (v° Inscript. hyp., § 5, n° 11); Troplong (n° 683). Voy., en outre, Pau, 16 juin 1832, et Riom, 18 janv. 1844 (Dall., 33, 2, 95; S.-V., 32, 2, 571; 44, 2, 166).

fira donc, pour les besoins de la publicité, que l'inscription donne aux tiers ces éléments d'appréciation (1).

991. Le deuxième élément constitutif de l'énonciation relative à la créance, c'est le montant des *accessoires,* c'est-à-dire les intérêts et les frais. L'inscrivant devra donc porter dans les bordereaux tendant à l'inscription d'un privilége ou d'une hypothèque judiciaire ou conventionnelle, avec le montant du capital exprimé dans le titre ou évalué, le montant des intérêts et des frais. Mais, à cet égard, il faut préciser.

Quant aux *intérêts* d'abord, le montant à mentionner dans les bordereaux, et partant dans l'inscription, ne s'entend pas de tous les intérêts que la créance a produits et peut produire : il faut distinguer les intérêts échus et les intérêts à échoir. Les intérêts à échoir sont conservés de plein droit, dans une certaine mesure, en vertu de l'art. 2151, dont le commentaire viendra ci-après (voy. n°s 1013 et suiv.); l'article 2148 a donc en vue seulement les intérêts échus (2).

Quant aux *frais,* il ne s'agit pas ici de ceux qui peuvent être faits pour arriver à la réalisation du gage; ceux-là font partie des *frais de justice* auxquels s'attache un privilége dispensé de toute inscription (art. 2101 et 2107; voy. *suprà,* n°s 66 et suiv., et n° 288) : l'inscrivant n'a donc pas à les faire mentionner dans l'inscription prise pour *sûreté de sa créance,* puisqu'ils trouvent une sûreté plus complète dans le privilége qu'ils tiennent de la loi. Les frais constituant les *accessoires* de la créance sont ceux du titre dont le créancier a pu faire l'avance, ceux de l'inscription même, et encore tous ceux auxquels la qualification de frais privilégiés de justice pourrait être refusée, d'après les règles exposées dans notre commentaire de l'art. 2101 (3).

Tels sont les *accessoires* dont l'inscription doit indiquer le montant, car, dans la mesure que nous venons de donner, ils augmentent le chiffre de la dette garantie par l'hypothèque; les tiers ont donc besoin de les connaître pour apprécier exactement la situation hypothécaire du débiteur et mesurer son crédit. Et toutefois ce n'est pas à dire que l'absence de toute indication à cet égard doive entraîner la nullité de l'inscription; seulement, les accessoires ne seront pas conservés par cette inscription : le créancier inscrit ne pourra les réclamer que comme chirographaire, à moins, bien entendu, que, pour leur communiquer le bénéfice de l'hypothèque, il n'ait pris une inscription spéciale dont la date alors fixera le rang.

992. La troisième et dernière énonciation relative à la créance est l'époque de l'exigibilité. Sous l'empire de la loi du 11 brumaire an 7,

---

(1) Voy. M. Persil (art. 2148, § 4, n° 4).

(2) Ils doivent figurer dans l'ordre au taux indiqué dans l'inscription, et non au taux supérieur convenu dans l'obligation. Rej., 13 mai 1874 (*J. Pal.*, 1875, p. 5; S.-V., 75, 1, 5). — *Comp.* Rej., 30 déc. 1868 (*J. Pal.*, 1869, p. 411; S.-V., 69, 1, 170; Dall., 69, 1, 88).

(3) Il en est ainsi, par exemple, des frais exposés dans la procédure de saisie-arrêt. Ils constituent des *accessoires*, et, à ce titre, doivent être colloqués avec la créance dans l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble. Cass., 9 mars 1870 (Dall., 70, 1, 298; *J. Pal.*, 1870, p. 518; S.-V., 70, 1, 207).

cette mention de l'exigibilité avait sa grande utilité, au moins pour le tiers qui voulait acquérir l'immeuble grevé d'hypothèque. En effet, d'après les art. 15 et 30 de cette loi, la vente, soit volontaire, soit forcée de l'immeuble grevé, ne rendait point exigibles les capitaux aliénés, ni les autres créances non échues; et, en conséquence, l'acquéreur ou l'adjudicataire jouissait des termes et délais qu'avaient les précédents propriétaires de l'immeuble, pour acquitter les charges et dettes hypothécaires inscrites. Le tiers acquéreur avait donc un grand intérêt à trouver, sur les registres du conservateur, une mention qui l'avertît et lui fît connaître les conditions de temps dans lesquelles il aurait à effectuer son payement. Au contraire, l'art. 2184 du Code civil oblige l'acquéreur *à acquitter sur-le-champ* les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence de son prix, *sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles*. Et puisqu'il ne jouit pas des termes et délais qu'avaient les précédents propriétaires, quel intérêt peut-il avoir à connaître l'époque d'exigibilité des créances inscrites?

Quant aux tiers qui, au lieu d'acheter, voudraient prêter sur l'immeuble, ils n'y ont pas intérêt davantage : l'ignorance dans laquelle l'inscription les laisserait à cet égard ne saurait leur préjudicier. Si l'époque d'exigibilité n'est pas mentionnée, ils doivent supposer que la créance est immédiatement exigible, et que le débiteur est dès à présent sous le coup de poursuites dont le résultat et la fin inévitables seront, à défaut de payement, l'expropriation et la réalisation du gage hypothécaire des créanciers. Or si, malgré cette supposition, les tiers ont cependant consenti à prêter, ne devraient-ils pas être mal venus à se plaindre de ce que l'inscription, par ses lacunes, leur aurait laissé ignorer que le payement de la créance inscrite ne pourrait être exigé qu'à une époque plus ou moins reculée?

Cela étant, on est, *à priori*, porté à conclure que, par une application toute naturelle des principes exposés aux n°s 959 et suivants, la mention d'exigibilité n'est pas une condition substantielle et nécessaire, et que l'inscription dans laquelle elle serait omise n'en devrait pas moins avoir tous ses effets.

993. Néanmoins, il en est tout autrement : l'art. 2148 a reçu du législateur lui-même, sur le point qui nous occupe, une interprétation qui consacre nettement la solution opposée. En effet, une loi du 4 septembre 1807 dispose, par son art. 1er, que dans le délai de six mois, à dater de sa promulgation, « tout créancier qui aurait, depuis la loi du 12 brumaire an 7 jusqu'au jour de ladite promulgation, obtenu une inscription sans indication de l'époque de l'exigibilité de sa créance, soit que cette époque doive avoir lieu à jour fixe ou après un événement quelconque, est autorisé à représenter, au bureau de la conservation où son inscription a été faite, *son bordereau rectifié,* à la vue duquel le conservateur indiquera, tant sur son registre que sur le bordereau resté entre ses mains, l'époque de l'exigibilité de la créance, le tout en se conformant à la disposition de l'art. 2200 du Code civil, et sans perception d'aucun nouveau droit. » L'article second de la même loi ajoute

« qu'*au moyen de cette rectification, l'inscription primitive sera considérée comme complète,* si d'ailleurs on y a observé les autres formalités prescrites. » Enfin il est dit, dans l'art. 3, « que la loi *ne s'applique point aux inscriptions qui auraient été annulées par jugement passé en force de chose jugée.* » Il ne s'agit donc plus de rechercher quel peut être l'objet de la mention d'exigibilité, ni de savoir si l'omission est susceptible de léser un intérêt que la publicité devait éclairer : le législateur a manifesté sa volonté ; il a statué sans équivoque possible ; et la solution à laquelle il s'est arrêté n'en est pas moins la solution qu'il faut suivre et appliquer, qu'elle soit ou non en harmonie avec les principes généraux du droit.

On a dit pourtant que la loi du 4 septembre 1807 n'a été que transitoire ; qu'elle a eu pour objet unique de valider les inscriptions existantes, de statuer sur un passé qu'obscurcissait cette théorie de la nullité *quand même* dont les esprits étaient imbus encore dans les premières années qui suivirent la publication du Code, et qu'elle ne s'est préoccupée en aucune manière de l'avenir (1). Cela n'est pas admissible.

La loi du 4 septembre 1807, il faut le noter, est intervenue sur les réclamations que souleva la jurisprudence, dès qu'elle déclara indispensable une formalité dont la pratique n'avait pas conseillé l'accomplissement, parce qu'elle la tenait pour insignifiante et inutile. Or, comment et dans qu'elle mesure la loi a-t-elle fait droit aux réclamations ? A-t-elle dit que l'omission considérée par les tribunaux comme constitutive d'une infraction aux dispositions de l'art. 2148 n'était pas une infraction ? En aucune manière. A-t-elle supposé que cette infraction n'était pas susceptible de vicier l'inscription ? Non : et, tout au contraire, marchant d'accord avec la jurisprudence, elle a dit, à tort ou à raison, mais elle a dit que les inscriptions sans indication de l'époque d'exigibilité sont incomplètes et nulles, comme faites en contravention à l'art. 2148 qu'elle interprétait ; et c'est précisément parce qu'elle partait de cette idée qu'elle a pu permettre à ceux qu'une opinion commune avait trompés de faire rectifier et compléter, dans un délai déterminé, les inscriptions prises sans cette indicatiou. Mais, évidemment, dire que les inscriptions rectifiées dans le délai seraient considérées comme complètes et valables, c'était dire en même temps qu'après l'expiration du délai les inscriptions non rectifiées demeureraient incomplètes et nulles, et, par cela même, que toute inscription devrait, pour être conforme à la pensée de l'art. 2148 et valable, contenir mention de l'époque de l'exigibilité. Telle est visiblement la portée de la loi de 1807, qui donnait ainsi la règle de l'avenir, en même temps qu'elle absolvait le passé, sauf l'observation des mesures par elle prescrites.

Aussi la Cour de cassation décide-t-elle que la mention de l'époque d'exigibilité de la créance, dans une inscription hypothécaire, est une

---

(1) Voy. MM. Grenier (t. I, p. 79) ; Troplong (n° 685). Voy. aussi Req., 5 déc. 1814 et 15 janv. 1817.

formalité substantielle dont l'omission emporte nullité (1); et c'est à ce parti que s'arrêtent aujourd'hui la plupart des Cours d'appel et la majorité des auteurs (2), qui assimilent même à l'omission, l'erreur dans la mention de l'époque de l'exigibilité (3).

994. Mais gardons-nous ici des exagérations. Ainsi, l'on a prétendu que la mention de l'exigibilité est nécessaire même pour les intérêts ou arrérages d'un capital produisant intérêts; la prétention a été portée devant la Cour de cassation à l'occasion d'une rente perpétuelle; et on l'appuyait sur une décision conforme du Grand Juge, en date du 21 juin 1808 (4). Mais la Cour de cassation a justement écarté la prétention, sans s'arrêter à la décision sur l'autorité de laquelle elle était appuyée (5). On peut dire, en effet, avec M. Delvincourt, que, d'abord, annuler une rente pour les arrérages, ce serait l'annuler pour le capital, puisque, dans une rente, il n'y a que les arrérages qui soient *in obligatione*, le capital étant *in facultate solutionis;* et ensuite que, d'ailleurs, il est de l'essence d'une rente que les arrérages soient payés au moins tous les ans, en sorte que si l'inscription énonce qu'il s'agit d'une rente, et à quel taux doivent être payés les intérêts, on peut bien refuser au créancier qui a omis d'indiquer les époques de payement des arrérages le droit de tirer avantage des stipulations particulières qui peuvent avoir été faites à cet égard dans le contrat, mais l'on ne saurait annihiler son inscription, ni même lui contester la faculté de se faire payer, sous la garantie de son hypothèque, les arrérages au moins tous les ans (6).

995. Ajoutons que, même dans le cas où l'on se trouve sous la disposition interprétative de la loi de 1807, si la mention relative à l'époque de l'exigibilité doit être considérée comme substantielle, ce n'est pas à dire qu'elle doive être faite en termes sacramentels. Nous avons cité déjà, au n° 960, deux arrêts notables par lesquels la Cour de cassation, acceptant pleinement ce tempérament, décide que la mention d'exigibi-

---

(1) Voy. 9 août 1832, 28 mars 1838, 19 avr. 1840, 6 déc. 1844 (chambres réunies), 15 nov. 1852 (S.-V., 32, 1, 481; 38, 1, 417; 40, 1, 686; 52, 1, 793; Dall., 45, 1, 15; 53, 1, 98). *Junge :* Cass., 30 juin 1863 (S.-V., 63, 1, 441; *J. Pal.*, 1863, p. 1143; Dall., 63, 1, 277).

(2) Voy. Rouen, 1er août 1809; Liége, 24 août 1809 et 1er juin 1821; Paris, 31 août 1810; Riom, 8 janv. 1824; Nîmes, 28 nov. 1832; Poitiers, 19 mars 1835; Limoges, 8 mars 1844; Grenoble, 10 mars 1865 (S.-V., 33, 2, 198; 35, 2, 239; 46, 2, 30; 66, 2, 23; *J. Pal.*, 1866, p. 104; Dall., 65, 2, 135). *Junge* un arrêt de la Cour d'Alger qui décide par suite qu'il y a lieu d'annuler l'inscription prise pour une créance dont le débiteur doit se libérer *à des époques à fixer ultérieurement.* 13 févr. 1869, rapporté avec Req., 26 mars 1872 (S.-V., 74, 1, 313; *J. Pal.*, 1874, p. 794). — Voy. aussi MM. Tarrible (v° Inscript. hyp., § 5, n° 11); Persil (art. 2148, § 4, n°s 6, 7 et 8); Zachariæ (t. II, p. 172, note 9); Duranton (t. XX, n° 126); Baudot (n° 285); Hervieu (v° Inscript., § 6, n° 1).

(3) Voy. Cass., 9 avr. 1811; Bruxelles, 28 janv. 1819. — Voy. cependant Req., 3 janv. 1814, et Bourges, 20 nov. 1852 (Dall., 56, 2, 27).

(4) Voy., pour le texte de cette décision, Locré (t. XVI, p. 462). — Voy. aussi M. Merlin (*Rép*, v° Inscript. hyp., § 5, n° XI, 3°). — *Junge* : Nîmes, 9 janv. 1833 (Dall., 33, 2, 202).

(5) Voy. Req., 2 avr. 1811.

(6) Voy. Delvincourt (t. III, p. 348 des notes). —*Junge :* MM. Dalloz (v° Hyp., p. 286 et 287); Duranton (t. XX, n° 126); Persil (art. 2148, § 4, n° 6); Troplong (n° 688). — Voy. aussi Nîmes, 28 nov. 1832 (Dall., 33, 2, 201).

lité est suffisamment faite lorsqu'elle résulte de termes équipollents (1). Et la jurisprudence présente des monuments sans nombre où l'on trouve l'application de cette doctrine. Ainsi, il a été décidé : que le créancier qui requiert inscription *pour effets de commerce protestés* remplit le vœu de la loi, le mot *protestés* indiquant suffisamment l'exigibilité (2); que l'époque de l'exigibilité est suffisamment mentionnée lorsqu'il est dit que l'inscription est prise en vertu d'un jugement en date de tel jour (3). Ces applications, et d'autres encore que l'on trouve en très-grand nombre dans les décisions des tribunaux (4), sont toutes plus ou moins contestées. Il serait sans intérêt d'entrer dans la discussion de points dont la solution est généralement subordonnée a une appréciation de faits et de circonstances. Constatons seulement que c'est encore à notre règle générale qu'il faut se rattacher ici et dire que si, par un moyen, par une indication quelconque, les tiers ont pu arriver à connaître, sans équivoque, l'époque de l'exigibilité, le vœu de la loi est satisfait et la formalité prescrite suffisamment accomplie.

Ici se terminent nos observations en ce qui concerne l'indication du montant de la créauce dans les bordereaux et les inscriptions ayant pour objet la conservation soit des priviléges, soit des hypothèques judiciaires et conventionnelles. Voyons maintenant comment l'énonciation doit être faite dans les bordereaux tendant à l'inscription des hypothèques légales.

996. La règle à cet égard est dans l'art. 2153, où il est dit que les bordereaux relatifs aux droits d'hypothèque *purement légale* doivent indiquer « la nature des droits à conserver, et le montant de leur valeur *quant aux objets déterminés,* sans être tenu de le fixer quant à ceux qui sont conditionnels, éventuels ou indéterminés. »

Ainsi, d'une part, la loi n'exige plus ici, comme dans le cas de l'art. 2148, qu'il soit fait mention, dans le bordereau, de l'époque de l'exigibilité. C'est dans la nature même des choses ; car comment pourrait-on indiquer, pour l'hypothèque de l'État, des communes et des établissements publics, le moment où le comptable dont les biens sont grevés sera constitué en débet? pour l'hypothèque de la femme mariée, le jour où la société conjugale sera dissoute? enfin, pour l'hypothèque des mineurs ou des interdits, le jour où la tutelle prendra fin?...

D'une autre part, la loi ne demande pas non plus, lorsque les droits à conserver sont conditionnels, éventuels ou indéterminés, que l'inscri-

---

(1) Voy. les arrêts déjà cités des 15 nov. 1852 et 8 mars 1853 (S.-V., 52, 1, 793; 55, 2, 214). Pourvu, d'ailleurs, que les énonciations soient claires et ne prêtent à aucune équivoque. Req., 15 juin 1864 (*J. Pal.*, 1864, p. 693; S.-V., 64, 1, 254; Dall., 64, 1, 421).

(2) Req., 23 juill. 1812; voy. aussi 9 juill. 1811, 1er févr. et 26 juill. 1825.

(3) Voy. Cour de cass., 6 déc. 1844; Rouen, 8 févr. 1851 (S.-V., 45, 1, 31; 51, 2, 715). — Voy. cependant les arrêts déjà cités de la Cour de cassation des 9 août 1832 et 28 mars 1838.

(4) Nîmes, 13 juill. 1808; Lyon, 28 août 1821; Nancy, 10 août 1830 ; Liége, 15 avr. 1833; Poitiers, 19 mars 1835; Cour de cass., 19 août 1840 (Dall., 35, 2, 96; 37, 2, 24; S.-V., 35, 2, 239 ; 40, 1, 686).

vant en fasse l'évaluation pour en fixer la valeur dans le bordereau, comme il doit le faire dans le cas de l'art. 2148. Et ceci encore est dans la nature même des choses; car comment pourrait-on fixer, au moment où les bordereaux sont présentés, les sommes dont un comptable, un tuteur ou un mari, pourra être constitué débiteur à la fin de sa gestion? Notons d'ailleurs que l'inscription de ces hypothèques est requise, en général, par d'autres que par le créancier (voy. *suprà* le commentaire des art. 2136 et suiv.). Comment donc les personnes auxquelles la loi impose la charge ou donne la faculté de requérir l'inscription pourraient-elles faire, même approximativement, une évaluation quelconque des droits qu'il s'agit de conserver?

Ainsi, tout se bornera, pour l'inscrivant, à indiquer la *nature* des droits à conserver, c'est-à-dire la cause même dans laquelle ces droits prennent naissance, et le *montant de leur valeur,* mais seulement quant aux objets déterminés.

997. Nous rencontrons ici une difficulté dont on s'est assez vivement préoccupé; elle est relative à l'hypothèque légale de la femme, et concerne particulièrement l'inscription pour sa créance de reprises. On est loin de s'accorder sur les termes dans lesquels l'énonciation doit être faite; on discute sur le point de savoir si une formule énonçant vaguement et d'une manière générale les *reprises,* les *créances* ou les *droits matrimoniaux* de la femme, répond au vœu de la loi, ou s'il n'est pas indispensable, au contraire, de préciser et d'exprimer la *nature* des reprises et le *montant* de leur valeur. Quelques auteurs ont imaginé de dire qu'il faut de toute nécessité que l'inscrivant énonce le montant et la cause des reprises *déterminées* au moment où l'inscription est requise; qu'il en donne le détail article par article, chiffre par chiffre : ainsi, tant pour la dot, tant pour telle succession échue, tant pour telle indemnité, etc. On ne saurait admettre cette doctrine.

Nous lui opposons tout d'abord les opinions qui se sont produites au conseil d'État dans la discussion du n° 3 de notre art. 2153. « C'est contre le mari dissipateur, disait-on d'un côté, que l'hypothèque légale est établie : or, un tel mari se gardera bien de prévenir son épouse des changements qui sont survenus dans sa fortune. Que si la femme les découvre par quelque autre moyen, il lui est bien difficile d'en tirer avantage, n'ayant pas sous la main son titre... Supposons cependant, contre toute vraisemblance, que l'inscription puisse être prise : comment la spécialiser? *Les reprises des femmes sont indéterminées...* » D'un autre côté, on ajoutait : « *Il faudrait donc un procès pour fixer le montant des reprises...* Quelque moyen que l'on imagine, on n'en trouvera aucun de sûr, ou plutôt on finira par reconnaître que les hypothèques légales *sont essentiellement indéterminées, et que si on leur ôtait ce caractère, elles deviendraient inutiles...* » — « Quand on n'inscrirait pas la quotité des reprises de la femme, disait-on encore,... c'est toujours beaucoup faire pour le public que de lui apprendre qu'un particulier, comme mari, est responsable sur ses biens. *On ne désire pas*

obtenir un autre effet de l'inscription d'hypothèques indéterminées. » (1).

Il n'en faudrait pas davantage assurément pour se fixer sur l'application, au point qui nous occupe, du n° 3 de l'art. 2153, et pour montrer que le tort de la doctrine que nous combattons a été de chercher la règle à suivre dans la première partie de cette disposition, tandis que les reprises de la femme étant essentiellement indéterminées, la règle se trouve en réalité dans la seconde. Mais si cette appréciation, qui ressort si nettement de toute la discussion de la loi, avait besoin d'être justifiée, nous n'aurions qu'à rappeler ce qu'est la situation de la femme dans le mariage, et en particulier sous le régime de la communauté. On sait qu'il y a là des alternatives et des vicissitudes qui, jusqu'à la dissolution de l'association conjugale, se produisent en dehors de toute action de la femme. En entrant dans cette société dont le mari est le chef, non-seulement la femme n'acquiert aucun droit d'administration, mais encore elle perd celui qu'elle avait d'administrer ses propres biens; elle le transmet tout entier au mari, auquel elle donne ainsi le pouvoir de toucher pour elle tout ce qui lui revient, de payer tout ce qu'elle peut devoir, et de compenser ses recettes d'administration avec ses dépenses, sans qu'elle ait à réclamer rien que ce qui, toutes compensations faites, restera à la dissolution de la communauté. Telle est la situation, et, sauf le droit que la loi réserve à la femme, comme ressource unique, d'obtenir la séparation de biens en établissant le désordre des affaires du mari et le péril de la dot, la femme n'y peut rien changer; car il lui est interdit de demander, pendant la durée de la société, soit un partage, soit une liquidation des reprises; tous actes qui, selon l'expression de M. Troplong, « auraient, au point de vue des intérêts, le même inconvénient que le divorce au point de vue de l'union des personnes. »

Que conclure de tout cela? Que l'on peut bien, lorsque les reprises se trouvent *déterminées* dans une liquidation de communauté dissoute par la séparation de biens ou autrement, exiger d'une femme qui prendrait inscription à ce moment qu'elle indique la nature des reprises et le montant de leur valeur; mais que l'indication ne saurait être exigée quand l'inscription est requise antérieurement à toute liquidation (2). Il est vrai de dire alors que les reprises de la femme, à l'exception de celles qui doivent être exercées en nature, sont toutes éventuelles, conditionnelles et indéterminées; que, par suite, leur énonciation dans l'inscription est régie par la deuxième partie du n° 3 de l'art. 2153; et qu'ainsi l'inscrivant satisfait pleinement à la loi en les énonçant sous cette indication générale de *reprises, créances* ou *droits matrimoniaux,* sans indication détaillée de la *nature* des reprises ni *du montant de leur valeur*.

---

(1) Voy. Fenet (t. XV, p. 277, 292, 316, 322, 323, 324, 325, 326).

(2) C'est ce qui est expressément jugé par un arrêt de la Cour de Rouen du 13 juin 1850 (Dall., 50, 2, 120). — Voy. aussi les motifs des arrêts de Paris des 24 août 1840, 25 janv. 1851, 30 juin 1853 et 31 août 1854, cités plus haut (n° 783), dans notre discussion sur la validité des mentions de subrogation.

998. Et ce qui est vrai de l'inscription requise pour la femme elle-même, et dans son intérêt, n'est pas moins vrai de l'inscription ou de la mention de subrogation faite à son profit par le créancier subrogé à l'hypothèque légale de la femme. Cette solution, pourtant, est contestée plus encore que la précédente. « Le subrogé, dit notamment M. Grosse, est une personne capable d'agir, qui doit même s'être renseignée sur le montant des droits et reprises de la femme, qui a pris en considération leur importance dans le prêt qu'elle a fait; elle ne doit donc pas se plaindre qu'à son égard on exige avec rigueur l'application de l'article 2153. » Et l'auteur estime, par suite, que l'inscription du subrogé doit être annulée si elle n'exprime pas qu'elle est requise pour sûreté de la somme de..., montant de l'apport en mariage; de la somme de..., recueillie dans la succession de..., *après la mort duquel il n'a été fait ni inventaire ni liquidation*...; de la somme de..., montant de l'indemnité résultant de l'obligation pour sûreté de laquelle la subrogation à l'hypothèque légale a été consentie; etc., etc. (1).

Si nous nous arrêtions aux détails, nous pourrions dire là-dessus que, de quelque rigueur que l'on suppose la loi armée vis-à-vis du créancier subrogé, encore faut-il admettre qu'elle n'a pu vouloir lui imposer des conditions impossibles, et, par exemple, exiger de lui qu'il énonce dans son inscription : soit l'émolument d'une succession recueillie par la femme, *quand l'importance de la succession n'est constatée ni par un inventaire, ni par une liquidation*, puisque alors le créancier n'a aucun moyen de se renseigner sur les éléments de la reprise; soit l'indemnité résultant de l'obligation, puisque, cette indemnité ne devant être que de ce que la femme aura payé pour son mari (2), il est vrai de dire qu'elle *est indéterminée*.

Mais prenons la question dans sa généralité : il est de toute évidence que le créancier se trouvera, en fait et en droit, autant et même plus empêché que la femme d'indiquer dans son bordereau la nature et le montant des reprises garanties par l'hypothèque légale à laquelle il est subrogé.

En effet, si la subrogotion résulte d'une condamnation judiciaire, par exemple, parce que verbalement ou par acte sous seing privé la femme aura promis cette subrogation qu'un jugement la contraint à réaliser, la situation du créancier se rapproche certainement beaucoup de celle du procureur de la république et des autres personnes que les art. 2138 et 2139 autorisent à requérir inscription, et l'on n'hésitera pas à reconnaître que, pas plus que ces personnes, le créancier, dans ce cas, n'aura rien à énoncer, sans quoi on le mettrait dans l'impossibilité d'exercer le droit consacré par le jugement qu'il a obtenu. Que si la su-

---

(1) Voy. M. Grosse (*Comment. de la loi sur la transcr.*, n° 287, et *Journ. du not.*, n°s 1139, 1141, 1147).

(2) Voy. même une espèce dans laquelle il a été soutenu que l'indemnité se réduit à zéro quand le créancier, au lieu d'être payé des deniers de la femme, est payé sur les biens du mari, fût-ce même au rang de l'hypothèque légale. Lyon, 11 août 1855 (*J. Pal.*, 1856, t. I, p. 413).

brogation résulte d'une obligation à laquelle le mari a concouru, comment serait-on plus exigeant? Dans l'usage, quand la femme cède ses reprises à son créancier, la cession est formulée en termes généraux ; on cède *ses reprises, ses créances et ses droits matrimoniaux*, sans les détailler en aucune manière dans le transport, ce qui, du reste, n'est, en droit, d'aucune nécessité pour la validité du transport (1). Et alors, pour préciser des sommes dans son inscription, le créancier serait forcé de recourir à des évaluations qu'il ferait lui-même, évaluations nécessairement arbitraires, et, par cela même, sans justesse et sans autorité. Comment, en effet, et où prendrait-il ses renseignements? Les époux seuls pourraient lui en fournir. Mais, en fait, le créancier les obtiendrait difficilement, car les époux sont rarement disposés à faire connaître leur situation; au contraire, ils éloigneraient volontiers, s'ils le pouvaient, le moment où une liquidation les forcera à les publier. En droit, il ne pourrait pas les exiger du mari, car, sauf le cas de faillite ou de déconfiture prévu par l'art. 1446 du Code civil, le créancier ne peut pas, pendant la durée de la société conjugale, demander la liquidation des reprises; cessionnaire de la femme, il la représente, il est la femme elle-même, lorsqu'il vient réclamer ses reprises; et puisqu'elle n'aurait pas pu entraver l'administration du mari ni empêcher de s'accomplir les compensations qui doivent s'opérer pendant la durée de cette administration, le créancier ne le pourra pas davantage.

Ainsi, il en est du créancier comme de la femme elle-même; il ne serait donc ni juste ni raisonnable de l'obliger, lui, plus qu'on n'y obligerait la femme, à préciser dans l'inscription, sous peine de nullité, les reprises de la femme en détail et par chiffres. Même, s'il les connaissait, il serait périlleux pour lui de les relater, car on pourrait prétendre qu'il n'a pris inscription que pour les causes indiquées, et si ces causes étaient éteintes, lors de la liquidation, par compensation ou autrement, soutenir contre lui que son droit est anéanti. Mais, dans tous les cas, la raison même des choses ne permet pas qu'on lui fasse grief de n'avoir pas précisé; et elle exige que, tant vis-à-vis de lui que vis-à-vis de la femme, on tienne les reprises comme assez indéterminées pendant le mariage pour qu'une inscription ou une mention de subrogation qui fait connaître l'existence de l'hypothèque et la nature générique des reprises conservées suffise et conserve le droit.

La jurisprudence, au surplus, ne s'y est pas trompée; et l'arrêt du 4 février 1856, dont sur d'autres points nous avons combattu la doctrine (voy. n°s 784 et suiv.), prête, sur celui-ci, un appui solide à la thèse que nous défendons ici. L'inscription qui a prévalu, dans l'espèce, avait été requise par un créancier subrogé à l'hypothèque légale de la femme; et bien que cette inscription ne contînt pas d'indication plus précise que celle-ci : *reprises, créances, droit smatrimoniaux,* la Cour de cassation lui a donné tous ses effets juridiques (2). La Cour n'a donc

---

(1) Voy. l'arrêt de la Cour de cass. du 11 avr. 1854 (S.-V., 55, 1, 297).
(2) Voy. Req., 4 févr. 1856 (S.-V., 56, 1, 225; Dall., 56, 1, 61; *J. Pal.*, 1856, t. I,

pas supposé qu'il fallût être plus sévère pour le créancier que pour la femme elle-même ; et, en ce point du moins, l'arrêt du 4 février 1856 ne peut qu'être approuvé.

X. — 999. Enfin, la cinquième et dernière énonciation requise est relative *à la spécialisation du gage hypothécaire :* les bordereaux et l'inscription doivent contenir « l'indication de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels le créancier entend conserver son privilége ou son hypothèque. » Sur quoi nous avons à préciser les cas dans lesquels la formalité doit être remplie, en quoi consiste l'énonciation, et l'importance qui s'y attache au point de vue de la publicité hypothécaire.

1000. Et d'abord, il n'est pas question de la formalité dans l'article 2153 ; l'indication de l'espèce et de la situation des biens est exigée par l'art. 2148 seulement. Toutefois ce ne serait pas assez de conclure que l'indication ne doit pas être faite dans les bordereaux tendant à l'inscription de l'hypothèque légale. L'art. 2148, bien qu'en général il régisse la forme des bordereaux ayant pour objet toutes inscriptions autres que celles de l'hypothèque légale, dit, en effet, après avoir prescrit l'indication, « qu'elle n'est pas nécessaire dans le cas des hypothèques *légales* ou *judiciaires,* et qu'à défaut de convention, une seule inscription, *pour ces hypothèques,* frappe tous les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau. » Ainsi, la prescription de la loi ne regarde pas plus les hypothèques *judiciaires* que les hypothèques *légales.* Et cela se comprend à merveille : c'est une conséquence toute naturelle du principe qui donne à ces hypothèques le caractère de généralité. Quand l'hypothèque est générale, quand elle s'étend, par la volonté de la loi, à tous les biens des débiteurs, à quoi bon exiger de celui qui en requiert l'inscription qu'il indique l'espèce et la situation des biens sur lesquels il entend conserver cette hypothèque? Pourvu que l'inscrivant exprime que le droit hypothécaire qu'il rend public par l'inscription procède de la loi ou d'un jugement, c'est-à-dire que l'hypothèque inscrite est légale ou judiciaire, il aura dit tout ce qu'il est utile de dire (1) ; et les tiers, qui ne doivent pas ignorer qu'il est dans la nature de ces hypothèques d'être générales, seront par cela même avertis que l'inscription frappe sur tous les biens du débiteur dans l'arrondissement du bureau, non-seulement sur tous ceux qu'il y possède au moment où l'inscription est requise, mais encore sur tous ceux qu'il y pourrait acquérir ultérieurement (voy. n° 598).

1001. Quel est donc le cas prévu par le législateur? C'est uniquement le cas où le droit hypothécaire ou privilégié est limité dans son objet ; celui où, soit le privilége, soit l'hypothèque conservés par l'inscription, affectent spécialement un ou plusieurs immeubles déterminés.

Ainsi, quant aux priviléges, celui du vendeur est spécial, et il porte

---

p. 449). — *Junge :* Req., 21 févr. 1849 (S.-V., 49, 1, 643), et, par analogie, l'arrêt déjà cité du 11 avr. 1854 (S.-V., 55, 1, 297).

(1) Voy. Agen, 1er juill. 1830 (S.-V., 33, 2, 108).

sur l'immeuble vendu (art. 2103 ; voy. *suprà,* n° 197); celui des cohéritiers est spécial également, et il porte sur le fonds licité ou sur tous les immeubles de la succession, sauf les distinctions ci-dessus indiquées (voy. n°s 207 et 208); il en est de même du privilége pour conserver la séparation des patrimoines (1); de même du privilége des architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers, auxquels la loi assigne pour gage la plus-value résultant des travaux (voy. *suprà,* n° 213); de même, enfin, du privilége du Trésor sur les biens des comptables, lequel frappe seulement sur les immeubles acquis à titre onéreux depuis la nomination du comptable, soit par lui-même, soit par la femme même séparée de biens (*suprà,* n° 42) : les immeubles affectés devront donc être spécifiés dans les termes de l'art. 2148 dans l'inscription requise pour la conservation de ces divers priviléges.

Quant aux hypothèques, l'art. 2148 dispose particulièrement en vue de celles qui procèdent de la *convention.* Il se rattache principalement à l'art. 2129, qui, posant le grand principe de la spécialité, ne considère le contrat hypothécaire comme valablement formé entre le débiteur et le créancier qu'autant que le titre constitutif spécifie les immeubles appartenant au débiteur, sur lesquels ce dernier consent l'hypothèque de la créance (voy. *suprà,* n°s 671 et suiv.). L'art. 2148 suit ici et complète la pensée en exigeant, au point de vue de la publicité et dans l'intérêt des tiers, que l'inscription de l'hypothèque *conventionnelle* précise et fasse connaître les biens qui en sont affectés.

Néanmoins, il ne faudrait pas croire qu'il n'y a de soumises à la disposition de la loi que les hypothèques conventionnelles et spéciales dans le sens des art. 2124 et suivants du Code civil. Il y a des hypothèques dont le titre est dans la loi, et qui ne sont pas pour cela, comme nous l'avons démontré au n° 424, des hypothèques *légales* proprement dites : telle est l'hypothèque attachée par l'art. 1017 à la créance des légataires vis-à-vis des héritiers ou autres débiteurs du legs qui détiennent des immeubles de la succession; telle est encore l'hypothèque qui, aux termes de l'art. 490 du Code de commerce, doit être inscrite par les syndics d'une faillite dans l'intérêt des créanciers. D'un autre côté, il y a des hypothèques qui, générales dans leur principe, perdent le caractère de la généralité et sont spécialisées, soit par l'effet de la convention, soit par suite d'un jugement : telles sont les hypothèques légales et les hypothèques judiciaires, lorsque, excédant notoirement les sûretés suffisantes pour la garantie du créancier, elles ont été réduites, les unes par application des art. 2140 à 2145 (*suprà,* n°s 538 et suiv.), les autres par application des art. 2161, 2162 et 2165 (voy. *suprà,* n°s 600 et suiv.). — Dans ces divers cas, l'inscription rentre

(1) Lyon, 24 déc. 1862 (S.-V., 63, 2, 159; *J. Pal.*, 1863, p. 1009). Voy. aussi MM. Duranton (t. XIX, n° 223); Dufresne (*Sép. des patr.*, n° 70); Zachariæ (édit. Massé et Vergé, t. II, p. 336); Aubry et Rau (t. V, p. 219 et note 33). — Voy. cependant Nîmes, 19 févr. 1829. *Junge :* M. Belost-Jolimont, sur Chabot (t. II, art. 878, observ. 2).

sous l'application de l'art. 2148, et dès lors elle doit donner l'indication des biens grevés. L'art. 2148 s'en explique virtuellement pour les hypothèques légales et judiciaires réduites, en exprimant que c'est seulement *à défaut de convention* qu'une seule inscription frappe tous les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau. Mais la solution doit être étendue aux hypothèques dont il est question aux art. 1107 du Code civil et 490 du Code de commerce; la raison de décider est la même : c'est que, dans tous les cas, ces hypothèques, quel qu'en soit le principe, sont spéciales quant à leur effet, et que l'inscription par laquelle elles sont conservées, par cela même qu'elle ne frappe pas sur tous les immeubles du débiteur, doit désigner et faire connaître ceux qu'elle atteint spécialement (1).

1002. Ceci dit sur les cas auxquels s'applique l'obligation imposée par l'art. 2148 d'indiquer dans les bordereaux et dans l'inscription les biens sur lesquels le créancier entend conserver son hypothèque ou son privilége, nous aurions à nous expliquer sur les éléments constiuttifs de l'énonciation. Mais la loi, en exigeant que les biens soient indiqués par leur *espèce* et par leur *situation,* reproduit l'idée formulée dans l'article 2129, lequel exige, pour que le contrat hypothécaire soit valablement constitué, que le titre constitutif déclare la *nature* et la *situation* des immeubles sur lesquels le débiteur consent l'hypothèque de la créance. Nous ne pouvons donc que nous référer, pour le commentaire de l'art. 2148 sur le point qui nous occupe, à ce que nous avons dit en commentant l'art 2129 (voy. *suprà,* n° 673).

1003. Il nous reste à préciser quelle est, au point de vue de la publicité hypothécaire, l'importance de l'énonciation dont il s'agit ici. — La formalité est vraiment substantielle; elle est l'une des plus nécessaires, sinon la plus nécessaire de celles qui sont prescrites pour la rédaction des bordereaux et de l'inscription. Sans elle, en effet, le but de la loi serait complétement manqué et la publicité hypothécaire détruite dans son principe : car à quoi servirait-il d'avoir désigné la personne du débiteur, et même d'avoir fait connaître exactement le montant de la dette hypothécaire, si à défaut d'une indication précise des immeubles les tiers ne pouvaient arriver à se fixer sur l'individualité des biens grevés ? Toute inscription qui ne donnerait pas cette indication serait donc entachée de nullité.

1004. Mais, prenons-y garde, il n'en est pas de l'inscription, sous ce rapport, comme de la constitution du contrat hypothécaire dont nous parlions tout à l'heure; et l'art. 2148 ne dispose pas avec la même rigueur que l'art. 2129. Le législateur dit, dans ce dernier article, en statuant sur la constitution du contrat hypothécaire, qu'IL N'Y A D'HY-

(1) Voy. MM. Aubry et Rau (t. II, p. 666, note 15; 4e édit., t. III, p. 204 et 205, note 16); Cauwès (*J. Pal.*, 1872, p. 217 à la note); Bravard (édit. Demangeat, t. V, p. 448 et 449); Bédarride (nos 559 et 560). — Voy. cependant M. Demangeat, sur Bravard (p. 449, note 1, et 450, note 1). Toulouse, 23 déc. 1870 (S.-V., 72, 2, 41; *J. Pal.*, 1872, p. 216).

POTHÈQUE CONVENTIONNELLE VALABLE *que celle qui déclare la nature et la situation de chacun des immeubles sur lesquels le débiteur consent l'hypothèque de la créance.* L'art. 2148, relatif à la forme des bordereaux et de l'inscription, se borne à dire, dans une formule qui n'a rien d'aussi absolu, rien d'aussi impératif, que les bordereaux, et, par suite, l'inscription, contiendront l'indication de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels le créancier entend conserver son privilége ou son hypothèque. Nous concluons de là que si la mention relative à l'indication des immeubles est nécessaire à la validité de l'inscription, la formule du moins n'en est pas sacramentelle, et que, l'indication ne fût-elle pas absolument conforme au texte de notre article, l'inscription n'en doit pas moins être validée, si, en définitive, elle contient une désignation des immeubles hypothéqués telle que les tiers ne puissent pas y être trompés. C'est l'application de la règle générale déduite plus haut (voy. n° 959).

1005. La jurisprudence, d'ailleurs, est entrée pleinement dans cette voie. Les immeubles grevés doivent, d'après les termes de l'art. 2148, être indiqués par leur *espèce* et par leur *situation :* si l'on prenait le texte à la rigueur, il s'ensuivrait qu'à peine de nullité, l'inscription, d'une part, devrait, spécifiant la superficie et l'assolement des immeubles hypothéqués, dire s'ils consistent en bâtiments, en terres labourables, en prés, en jardins, en champs, en bois taillis ou de haute futaie, etc.; et, d'une autre part, qu'elle devrait, localisant les immeubles, indiquer précisément l'arrondissement du bureau, le canton, la commune, et, en outre, s'il s'agit d'immeubles urbains, la rue où ils sont situés et le numéro de la maison. Il s'en faut cependant que la jurisprudence ait consacré de telles inductions.

D'abord, la Cour de cassation a posé en principe que la question de savoir s'il y a désignation suffisante, dans l'inscription, de la nature et de l'espèce des biens hypothéqués, se résume en une simple appréciation de faits qui ne peut constituer une violation de la loi et donner ouverture à cassation (1). Et puis, descendant aux détails, elle a admis :

D'une part, quant à la *situation,* que l'indication de la commune où les biens sont situés n'est pas indispensable pour la validité de l'inscription, et, par suite, que l'erreur dans l'indication de la commune n'emporte pas nullité, alors d'ailleurs que le défaut d'indication ou l'erreur dans l'indication n'a pas été préjudiciable aux tiers (2);

D'une autre part, quant à l'*espèce,* que si l'inscription est insuffisante lorsqu'elle se borne à indiquer que l'hypothèque frappe sur *différents immeubles* appartenant au débiteur dans telle commune ou dans

---

(1) Voy. Rej., 16 août 1815, 24 févr. 1825 et 15 févr. 1836 (Dall., 36, 1, 81; S.-V. 36, 1, 471).

(2) Voy. Rej., 6 févr. 1821 et 14 juin 1831 (Dall., 31, 1, 230; S.-V., 31, 1, 357. — *Junge :* Aix, 13 nov. 1812; Nancy, 28 avr. 1826; Caen, 16 janv. 1814. Ce dernier arrêt étend la solution au défaut d'indication de l'arrondissement où sont situés les immeubles hypothéqués.

tel arrondissement (1), elle suffit, au contraire, et doit être validée lorsqu'il y est énoncé que l'hypothèque atteint *tous les biens* appartenant au débiteur dans telle commune déterminée (2), en ce que la totalité des immeubles se trouvant frappée, il ne peut y avoir erreur sur l'*espèce* des biens soumis à l'hypothèque.

Sur cette dernière solution, on remarquera que la jurisprudence, du moins celle de la Cour de cassation, se montre plus facile dans l'interprétation de l'art. 2148 que lorsqu'elle est en présence de l'art. 2129, qui organise le principe de la spécialité. Nous avons vu, en effet, que la Cour de cassation, lorsqu'elle statue à ce point de vue de la *spécialité*, n'admet pas, comme elle le fait ici en statuant au point de vue de la *publicité*, qu'une désignation collective soit suffisante, et qu'elle annule constamment les constitutions d'hypothèque dans lesquelles *chacun des immeubles*, suivant l'expression de l'art. 2129, n'est pas individuellement désigné par sa nature et par sa situation (voy. *suprà*, nº 674). Mais ceci tient à des considérations déduites *loc. cit.*, et auxquelles nous renvoyons le lecteur (voy. aussi nº 672).

2149. — *Suprà*, nos 973 et 974.

2150. — Le conservateur fait mention, sur son registre, du contenu aux bordereaux, et remet au requérant, tant le titre ou l'expédition du titre, que l'un des bordereaux, au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription.

SOMMAIRE.

I. 1006. De la charge qui incombe au conservateur lorsque les bordereaux lui ont été remis. Renvoi.

II. 1007. En toute hypothèse, le conservateur est un agent passif qui n'a qu'à reproduire sur ses registres le bordereau d'inscription tel qu'il lui a été remis. — 1008. Application de la règle dans le cas où l'inscrivant requiert en même temps l'inscription de plusieurs hypothèques. Le conservateur peut-il, dans ce cas, diviser le bordereau et formuler plusieurs inscriptions distinctes? Dissentiment dans la pratique. — 1009. Le bordereau ne doit pas être divisé lorsque le créancier requiert formellement que les hypothèques soient comprises dans une même inscription. — 1010. Il en est ainsi même quand l'inscrivant présente un bordereau collectif sans requérir formellement la division. — 1011. *Quid* si, en présentant un bordereau collectif, l'inscrivant requiert des inscriptions séparées? Distinction.

III. 1012. Des inscriptions irrégulières. En quels cas elles peuvent être rectifiées et corrigées. Avis du conseil d'Etat du 11-19 décembre 1810.

I. — 1006. La loi précise ici la charge qui incombe au conservateur après la remise à lui faite des bordereaux : cette charge consiste à opé-

---

(1) Voy. Rej., 19 févr. 1828. — *Junge :* Grenoble, 10 juin 1823; Angers, 16 août 1826. Voy. aussi Paris, 6 mars 1815.

(2) Voy. Rej., 15 juin 1815, 1er avr. 1817, 6 mars 1820, 28 août 1821, 15 févr. 1836. — Voy. aussi Grenoble, 8 mars 1817; Paris, 23 févr. 1821; Riom, 15 avr. 1826; Bourges, 24 avr. 1841; Nancy, 30 mai 1843; Bordeaux, 6 mars 1848; Paris, 21 févr. 1850 (Dall., 36, 1, 21; 42, 2, 54; S.-V., 36, 1, 471; 41, 2, 585; 43, 2, 547; 49, 2, 609; *J. Pal.*, 1841, t. II, p. 626; 1850, t. I, p. 733). — *Junge* un arrêt des requêtes d'après lequel peut être considérée comme spécialisant suffisamment les biens soumis à un privilége l'inscription prise « sur tous les biens du débiteur expropriés et adjugés à... par jugement du... et situés dans la commune de... » Req., 4 mars 1873 (S.-V., 73, 1, 305; *J. Pal.*, 1873, p. 764; Dall., 73, 1, 247).

rer l'inscription, qui seule donne la publicité à l'hypothèque et la rend opposable aux tiers. A cet effet, le conservateur porte sur ses registres les énonciations qu'il trouve dans les bordereaux : c'est là précisément ce qui constitue l'inscription et donne à l'hypothèque la publicité qu'elle n'avait pas jusque-là, même après la présentation et la remise des bordereaux. La transcription opérée, le conservateur remet à l'inscrivant le titre ou l'expédition du titre en vertu duquel l'inscription est requise, et, avec le titre, l'un des bordereaux au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription, dont il indique la date avec mention du numéro du registre sous lequel est portée l'inscription (1). Nous nous sommes expliqué déjà là-dessus; nous avons dit quelle est la portée de cette disposition de la loi, dans quel intérêt et dans quelle prévision elle exige que l'un des bordereaux soit remis à l'inscrivant tandis que l'autre reste aux mains du conservateur (voy. *suprà*, nos 946 à 948) : nous renvoyons aux observations présentées à cet égard.

II. — 1007. Mais il est un point auquel viennent se rattacher quelques questions réservées plus haut (voy. nos 792 et 954); il convient d'y insister ici : nous voulons parler du rôle imparti au conservateur en ce qui concerne le fait matériel de l'inscription qu'il doit opérer sur les registres.

D'après l'art. 2150, le conservateur fait mention, sur son registre, *du contenu aux bordereaux;* et de là résulte que, dans la pensée du législateur, le conservateur est un agent passif dont le rôle se réduit à reproduire fidèlement, sous sa responsabilité personnelle, et à transcrire sur son registre, les énonciations mêmes du bordereau, sans qu'il ait à se préoccuper jamais de la question de savoir si ces énonciations satisfont ou non aux prescriptions de la loi (2). Tel est le rôle du conservateur; au point de vue de sa responsabilité, il doit s'y renfermer de la manière la plus rigoureuse; et, dans les cas ordinaires, il ne s'en écarte pas.

1008. Il n'en est pas toujours de même quand il s'agit de l'inscription de plusieurs hypothèques, et spécialement dans le cas où le créancier requérant l'inscription a obtenu pour sûreté de sa créance une hypothèque conventionnelle et la subrogation dans l'hypothèque légale de la femme. Comment le conservateur doit-il opérer, dans ces situations,

---

(1) La même mission est donnée au receveur des douanes par la loi du 10 déc. 1874 sur l'hypothèque maritime. « Le receveur des douanes, porte l'art. 9, fait mention sur son registre du contenu aux bordereaux, et remet au requérant l'expédition du titre, s'il est authentique, et l'un des bordereaux au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription. »

(2) Aux termes de la décision ministérielle du 11 févr. 1865 et de l'instruction générale du 13 avr. 1865 déjà citées sur un autre point, *suprà*, n° 940, « les conservateurs des hypothèques doivent, pour l'inscription des créances, *copier en entier* les bordereaux qui leur sont présentés; ils peuvent seulement, tout en effectuant la transcription littérale et complète des énonciations contenues dans ces bordereaux, en intervertir l'ordre, s'il y a lieu, pour la clarté des écritures et la facilité des recherches. » (*J. Pal.*, 1866, p. 111; S.-V., 66, 2, 35.) Sur quoi on a fait remarquer que ces prescriptions sont en opposition avec la disposition de l'art. 2150, lequel exige, non une copie en entier, mais une simple mention, sur le registre des inscriptions, du contenu aux bordereaux (*Contrôl. de l'enreg.*, art. 12903).

quand le créancier, en lui représentant un bordereau collectif, le requiert de donner à son droit la publicité du registre hypothécaire?

Autrefois, quand les subrogations dans l'hypothèque légale étaient rendues publiques par cette voie de la *simple mention* dont nous avons parlé avec étendue dans notre commentaire de l'art. 2135 (voy. nos 781 et suiv.), cela ne faisait aucune difficulté : l'usage constant était non-seulement d'accepter un seul bordereau en double minute, mais encore de formuler une seule inscription lorsque la mention de subrogation était requise dans un bordereau comprenant à la fois et les énonciations relatives à l'hypothèque conventionnelle du créancier, et les énonciations relatives à l'hypothèque légale dans laquelle ce créancier était subrogé jusqu'à concurrence du montant de sa créance (1). Maintenant que les mentions de subrogation paraissent abandonnées, maintenant que, sous l'influence de l'arrêt du 4 février 1856, dont nous avons combattu les données (*loc. cit.*), on requiert, au profit du créancier subrogé, l'*inscription* même de l'hypothèque légale de la femme, au lieu de requérir une *mention* de la subrogation, que doit-il advenir de cet usage? Et dans le cas où le créancier qui requiert présente un seul et même bordereau en double minute, le conservateur peut-il n'opérer qu'une seule inscription ?

Tout d'abord, les conservateurs des hypothèques ont paru trouver dans ce nouveau mode de réquisition une raison de considérer comme désormais sans objet l'usage existant en faveur des mentions de subrogation; et, assimilant la situation au cas où il s'agirait de bordereaux collectifs tendant à l'inscription d'hypothèques conventionnelles multiples, ils ont pris pour base la solution si juste et si vraie de cet arrêt du 17 décembre 1845 dont nous parlons au n° 953, en ce sens qu'ils ont accepté un bordereau collectif; mais ils ont pensé qu'il était dans leur droit et même de leur devoir de diviser le bordereau en le reproduisant sur leur registre, et de formuler deux inscriptions, puisque le bordereau indique deux hypothèques distinctes. Plus tard et sur la très-juste critique dont ce mode de procéder a été l'objet, les conservateurs se sont divisés : ceux-ci, modifiant leur première impression, ont consenti à prendre le bordereau dans son entier et à en mentionner le contenu sur leur registre sous un seul numéro; ceux-là, persistant dans leur résolution première, ont continué de diviser en opérant deux inscriptions; d'autres, enfin, sont allés jusqu'à formuler les deux inscriptions même dans le cas où l'inscrivant requiert expressément que l'hypothèque conventionnelle et la subrogation soient comprises dans une seule inscription. C'est contre cette dernière exagération qu'a été rendu par la Cour d'Orléans un arrêt dont nous avons déjà eu à apprécier la doctrine sur un autre point (voy. *suprà*, n° 786).

1009. Dans l'espèce, D... avait obtenu, pour sûreté d'une somme de 2 000 francs, une hypothèque conventionnelle sur les biens des époux

---

(1) Voy. *Dict. du not.* (édit. de 1825, v° Inscript. hyp., et 3e édit., form. n° 11). Voy. aussi MM. Ed. Clerc et A. Dalloz (*Man. du not.*, part. 1, p. 67).

P. G..., ses débiteurs solidaires, et la cession par la femme des droits résultant de son hypothèque légale. Le 18 octobre 1856, sommation fut faite au conservateur d'*avoir à faire l'inscription sous un seul numéro, en transcrivant littéralement le bordereau cumulatif représenté*. Des offres réelles furent faites en même temps pour le salaire de l'inscription unique à réaliser et pour le décompte des autres droits. Le conservateur répondit « qu'il ne refusait ni le bordereau ni les offres faites; mais qu'au lieu de ne faire qu'une inscription, il pensait qu'il ne pouvait se dispenser d'en formuler deux. » Sur quoi, le conservateur ayant été assigné, il est intervenu un jugement du Tribunal civil d'Orléans, confirmé sur l'appel par arrêt de la Cour d'Orléans, lequel, « considérant qu'aux termes de l'art. 2199 du Code civil, les conservateurs ne peuvent en aucun cas refuser ou retarder l'inscription des droits hypothécaires, parce qu'ils ne sont pas juges de la validité du bordereau », a ordonné que le conservateur serait tenu de faire sur ses registres, au profit de D..., *une seule inscription de ses droits hypothécaires contre les époux P. G..., conformément au bordereau produit par D..., et sans y rien changer* (1).

La décision est d'une exactitude parfaite. Il y avait là un créancier requérant par un seul bordereau la relation sur le registre des deux hypothèques distinctes et séparées résultant du même titre; le conservateur pouvait transcrire le bordereau sans rien changer au texte : le créancier était incontestablement fondé, l'art. 2148 du Code civil permettant de porter le bordereau sur le titre. En outre, ce créancier, par une manifestation expresse de sa volonté, requérait, par son bordereau, que les droits d'hypothèque conventionnelle et d'hypothèque légale résultant en sa faveur de son titre et ayant pour objet la même créance, fussent compris sous un seul et même numéro du registre; la mission du conservateur était par là même indiquée : il avait uniquement, pour se conformer à l'art. 2150, à faire mention sur son registre du contenu au bordereau, et à remettre au requérant celui des bordereaux au pied duquel il aurait certifié avoir fait l'inscription. Au lieu de cela, le conservateur, comme s'il était juge de la validité des inscriptions, avait décomposé ou voulait décomposer le bordereau pour en extraire les éléments des deux inscriptions, quand une seule était requise; il se substituait par là au créancier, en sorte que l'inscription aurait été son œuvre personnelle, quand elle ne peut et ne doit être que celle de ce créancier; en un mot, il méconnaissait ses obligations et ses devoirs, en ce qu'il prenait un rôle actif, quand, en matière d'inscription, le rôle qu'il doit remplir est purement passif. — Dans cette situation, où le créancier lui-même avait pris soin de lever tous les doutes par la réquisition formelle d'inscription sous un seul numéro, la Cour d'Orléans a jugé, avec une exactitude parfaite, que le conservateur n'était pas autorisé à diviser le bordereau pour formuler deux inscriptions.

---

(1) Voy. Orléans, 20 févr. 1857 (S.-V., 57, 2, 200; *J. Pal.*, 1857, p. 1093; Dall., 57, 2, 135). *Conf.* Trib. civ. de Lyon, 13 juin 1856 (*J. des conserv.*, art. 1158).

1010. Mais il faut aller plus loin. Supposons que le bordereau ne contienne pas des expressions formelles; que le créancier requière l'inscription de son hypothèque conventionnelle et de son hypothèque légale sans requérir en termes exprès qu'il ne soit pris qu'une seule inscription : serait-il vrai que, même en ce cas, le conservateur aurait le droit de diviser et de faire deux inscriptions distinctes? Nous ne le pensons pas. Le créancier a représenté un bordereau collectif; par là il a suffisamment indiqué qu'il ne devait être pris qu'une seule inscription pour les deux hypothèques. Et, en effet, la forme du bordereau, son texte même, protestent contre l'idée que le conservateur en puisse faire la division dans le sens absolu du mot; il ne peut que le reproduire, sinon textuellement, au moins dans son économie même et dans sa substance. C'est le vœu de la loi exprimé par l'art. 2150, qui, en prescrivant de faire mention au registre *du contenu aux bordereaux,* ne fait aucune distinction entre les bordereaux collectifs et les bordereaux simples. C'est aussi l'intérêt du conservateur lui-même, dont la responsabilité serait bien autrement menacée si la division des bordereaux collectifs était une nécessité de sa charge. Car, outre les chances si nombreuses d'erreur dans la formule de chacune des inscriptions divisées, ne serait-il pas incessamment exposé aux plus graves méprises pour reconnaître, sinon dans notre hypothèse actuelle, au moins dans tant d'autres qui peuvent se présenter, comment la division doit être opérée, quand il y a ou non solidarité, quand les titres sont communs ou différents, quand il faut diviser les inscriptions contre le débiteur et la caution, contre les tiers acquéreurs et les débiteurs primitifs, contre les héritiers, les légataires, etc.? Heureusement la loi n'a pas imposé de tels soins aux conservateurs; elle leur a tracé une ligne de conduite toujours facile à suivre; elle a simplement exigé d'eux la reproduction fidèle du contenu aux bordereaux. Là est leur règle, et, soit qu'il s'agisse de bordereaux collectifs, soit qu'il s'agisse de bordereaux simples, ils ont le plus grand intérêt à ne pas s'en écarter.

Au surplus, cette opinion est admise par l'administration de l'enregistrement. « On ne voit pas, lit-on en effet dans une lettre adressée au directeur des domaines à Lyon, que les conservateurs puissent se croire autorisés à faire d'office deux inscriptions sur le dépôt d'un seul bordereau pour le cas où, dans une même inscription, on les requiert, à la suite de l'hypothèque conventionnelle, d'inscrire l'hypothèque légale à laquelle le créancier inscrivant est subrogé... De quoi s'agit-il? D'un contrat où le mari et la femme s'obligent envers le créancier, et où la femme, pour garantir le payement de cette dette, subroge le créancier dans son hypothèque légale. Il est clair que c'est la même convention, un ensemble dont la première partie n'aurait pas lieu sans la seconde, qui ne doit pas être séparée. La subrogation de l'hypothèque légale complète l'hypothèque conventionnelle, qui, seule, ne contente pas le créancier. Un droit hypothécaire ainsi formé en une fois, par un seul contrat, ne semble pas nécessiter les formalités de deux inscriptions. Doit-il en être ainsi sous l'empire de la loi du 23 mars 1855, et

en présence des dispositions de l'art. 9 de cette loi? Quelle que soit l'opinion des commentateurs, il semble que cette loi n'intéresse que les particuliers qui ont à remplir des formalités hypothécaires. Quant aux conservateurs des hypothèques, ils doivent obtempérer aux réquisitions qui leur sont faites toutes les fois que les formalités requises ne sont pas demandées dans une forme ou dans un sens contraire aux règles générales établies par la loi pour leur accomplissement. Ils ne sont pas juges, en effet, des parties intéressées à la validité de ces actes, et, dès lors, leur responsabilité ne paraît pas pouvoir être sérieusement engagée. » (1)

1011. Faisons un pas de plus et supposons, en sens inverse, que le créancier, en représentant un seul bordereau, en requière la division pour formuler deux inscriptions distinctes : le conservateur sera-t-il obligé, dans ce cas, de satisfaire à la réquisition?

Ici encore, il devra chercher la marche à suivre dans la forme et dans les énonciations du bordereau; et la question, dès lors, se résout, comme nous l'avons dit ailleurs (2), par une distinction qu'il faut préciser.

Si le conservateur peut formuler les deux inscriptions requises sans rien changer aux termes du bordereau, il devra se rendre à la réquisition et prendre deux inscriptions séparées : tel sera le cas où le créancier fait séparément pour chaque hypothèque, dans l'unique bordereau par lui représenté, toutes les énonciations relatives à chacune des deux, sans se référer de l'une à l'autre; en d'autres termes, tel sera le cas où le créancier aura décrit dans un seul bordereau les deux hypothèques de la même manière qu'il les aurait décrites dans deux bordereaux indépendants l'un de l'autre. Le conservateur trouve alors dans le bordereau collectif les deux inscriptions préparées comme il les trouverait dans deux bordereaux séparés; il doit donc obtempérer à la réquisition et formuler deux inscriptions distinctes sous deux numéros différents : c'est ainsi seulement qu'il se renfermera dans le rôle purement passif qui lui est imparti par la loi.

Mais si le bordereau collectif est conçu de telle manière qu'il soit besoin, pour compléter les énonciations relatives à l'une des deux hypothèques, de recourir aux énonciations faites pour l'autre; par exemple si, l'hypothèque légale venant après l'hypothèque conventionnelle, il est dit que l'inscription en est requise, au profit *du créancier dénommé ci-dessus*..., pour sûreté *de la somme susénoncée*..., en vertu de l'acte *ci-dessus relaté* contenant subrogation..., etc.; si le conservateur, en un mot, est obligé de sortir de son rôle passif pour compléter les inscriptions dont la seconde n'est complète, dans le bordereau, que *par sa relation* à la première, la réquisition à lui faite de formuler deux inscriptions séparées ne l'obligera pas : il sera pleinement dans son droit et dans son rôle en formulant les deux inscriptions *sous un même numéro*.

III. — 1012. Lorsque le conservateur a transcrit les bordereaux sur

(1) Lettre adressée, le 21 juin 1856, au directeur des domaines à Lyon, à l'occasion du jugement cité à la note précédente.
(2) Voy. *Rev. crit.* (t. XI, p. 20 et 21).

son registre, sa tâche est accomplie en ce qui concerne le fait matériel de l'inscription. Est-ce à dire qu'il ne puisse pas s'y reprendre s'il vient à s'apercevoir que l'inscription est irrégulièrement faite? Il faut distinguer.

Si l'irrégularité provient du fait de l'inscrivant, en ce que les bordereaux reproduits sur le registre auraient été eux-mêmes irréguliers ou incomplets, le conservateur ne pourrait pas retoucher de son chef à l'inscription et la rectifier; l'inscription serait nulle et sans effet si l'irrégularité portait sur une formalité substantielle; l'inscrivant n'aurait d'autre ressource que de requérir une inscription nouvelle qui, alors, aurait rang à sa date.

Si l'irrégularité provient d'une erreur commise par le conservateur dans la transcription des bordereaux, l'inscription n'est pas moins nulle sans doute quand l'irrégularité porte sur l'une des formalités nécessaires. M. Taulier, distinguant entre cette hypothèse et la précédente, suppose à tort qu'ici l'inscription n'est pas nulle pour l'inscrivant, et que seulement le conservateur est responsable envers les tiers (1). Les bordereaux, répétons-le, sont établis uniquement pour la garantie respective du conservateur et de l'inscrivant; ils sont absolument étrangers aux tiers, qui n'ont à voir et à consulter que l'inscription (*suprà,* n° 947). Or, si l'inscription les a trompés, si par ses lacunes ou ses irrégularités elle les a induits à livrer leurs fonds sur des gages dont elle ne leur a point révélé les charges, il importe peu que les lacunes et les irrégularités aient leur cause dans l'incurie du conservateur ou dans l'erreur et la négligence de l'inscrivant : en fait, l'inscription n'a, pas plus dans un cas que dans l'autre, rempli son objet; les omissions qui l'entachent ont lésé un intérêt que la publicité devait éclairer (*suprà,* n° 959); elle ne saurait donc, en cet état, être opposée aux tiers.

Mais comme l'erreur ici est le fait du conservateur, comme l'irrégularité procède de l'inexactitude dans la reproduction des bordereaux, le conservateur peut la rectifier lui-même, et de son propre chef, en portant sur les registres, mais à la date courante, une inscription conforme aux bordereaux, sauf à y relater l'inscription rectifiée. On avait conçu d'abord quelques doutes sur le point de savoir si une telle rectification peut être opérée sans que le conservateur y soit autorisé par les tribunaux. Ces doutes ont été levés par un Avis du conseil d'État, qui, en même temps, a fixé le mode et la portée de la rectification. « Considérant, y est-il dit, qu'une transcription inexacte des bordereaux remis au conservateur des hypothèques par un créancier requérant inscription donne à celui-ci, s'il en a souffert quelque préjudice, une action en garantie contre le conservateur; mais qu'à l'égard des tiers la valeur de l'inscription se réduit à ce qui a été transcrit sur le registre, parce que ce registre est la seule pièce que les intéressés soient appelés à consulter, et que le créancier qui a requis l'inscription a plus spécialement à s'imputer de n'avoir pas veillé à ce que la transcription fût

(1) Voy. M. Taulier (t. VII, p. 345, 346).

exacte; — Que, du reste, au moment même où l'on découvre, soit des erreurs, soit des irrégularités dans la transcription faite au registre du conservateur, il doit sans doute y avoir des moyens pour empêcher que les effets de l'erreur ne se prolongent; mais que, sans recourir à l'autorité des tribunaux, lesquels ne pourraient autoriser à faire sur des registres publics des corrections qui léseraient des droits antérieurement acquis à des tiers, le conservateur n'a qu'une voie légitime d'opérer la rectification, en portant sur ses registres, et seulement à la date courante, une nouvelle et seconde transcription, plus conforme aux bordereaux remis par les créanciers: qu'en cet état, néanmoins, et pour obvier à tout double emploi, la nouvelle transcription constituant une inscription, doit être accompagnée d'une note relatant la première inscription qu'elle a pour but de rectifier, et que le conservateur doit donner aux parties requérantes des extraits tant de la première que de la deuxième inscription ; — Est d'avis qu'au moyen de ces explications, il n'y a pas lieu de recourir à une autorisation solennelle, ni de faire intervenir l'autorité judiciaire en chaque affaire où il écherra de rectifier une inscription fautive. »

2151. — Le créancier inscrit pour un capital produisant intérêt ou arrérage, a droit d'être colloqué pour deux années seulement, et pour l'année courante, au même rang d'hypothèque que pour son capital; sans préjudice des inscriptions particulières à prendre, portant hypothèque à compter de leur date, pour les arrérages autres que ceux conservés par la première inscription.

SOMMAIRE.

I. 1013. La loi, en s'occupant des intérêts à échoir après l'inscription, prend un terme moyen entre les principes rigoureux du droit, qui n'admettent pas que l'hypothèque devance l'obligation, et les règles de l'ancienne jurisprudence qui donnait à tous les intérêts le rang hypothécaire du capital. — 1014. Les intérêts sont conservés de plein droit par l'inscription pour deux années et pour l'année courante.

II. 1015. Aucune difficulté ne peut se présenter quand l'inscription, au moment où le droit hypothécaire vient à être exercé, ne remonte pas à trois années au plus. — 1016. *Secùs* s'il y a trois années ou plus. Dans ce cas, les *deux années* dont parle la loi ne sont pas nécessairement et limitativement celles qui suivent l'inscription; — 1017. Et l'*année courante* ne s'entend pas d'une année pleine et entière, en telle sorte qu'ajoutée aux deux autres, il en résulte un total de trois années. Controverse. — 1018. Il s'agit ici d'une portion d'année qui n'est pas celle où l'inscription a été prise. — 1019. C'est celle qui court au moment de la demande en collocation. — 1020. Les intérêts qui peuvent échoir depuis la demande en collocation jusqu'au jour où la collocation est faite, ont aussi le même rang que le capital, mais comme accessoire de la créance, et non en vertu de l'art. 2151. — 1021. Cela ne doit pas s'étendre eux intérêts qui pourraient échoir jusqu'au payement effectif. — 1022. Quant aux intérêts dus en sus de ceux que l'inscription conserve, ils constituent une créance hypothécaire comme celle du capital. — 1023. Mais ils doivent être conservés au moyen d'inscriptions particulières qui ne peuvent être faites qu'à mesure des échéances. S'il était dérogé à la règle par convention, la convention ne vaudrait que pour cinq ans. Controverse. — 1024. Du reste, les inscriptions particulières dont il s'agit ici peuvent être prises nonobstant la faillite du débiteur, et aussi nonobstant son décès même quand la succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire. Renvoi. — 1025. Critique d'un arrêt en sens contraire.

III. 1026. A quels intérêts s'appliquent les prévisions de la loi? — 1027. Elle parle

des intérêts; donc elle ne s'étend pas aux intérêts des intérêts.— 1028. A moins que l'hypothèque n'ait été constituée pour sûreté d'un crédit ouvert. — 1029. Mais la loi s'applique aux arrérages des rentes viagères.

IV. 1030. Dans le système de la loi, la règle n'est pas absolue : ainsi, elle ne s'applique pas aux créances privilégiées : renvoi; ni aux créanees garanties par une hypothèque légale. — 1031. Exception en ce qui concerne les créances de l'Etat. Controverse. — 1032. Et quant aux hypothèques de la femme, du mineur ou de l'interdit, la solution doit se combiner avec l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855.

V. 1033. La limitation des intérêts à colloquer au même rang que le capital peut être opposée par tous les créanciers, même par les créanciers chirographaires.

I. — 1013. Après avoir dit comment et sous quelles conditions l'inscription conserve, avec le capital, les intérêts *échus* au jour où elle est prise (voy. n° 991), nous arrivons aux intérêts *à échoir* ultérieurement.

Dans la rigueur des principes, il semble que l'inscription d'une hypothèque obtenue pour sûreté d'un capital devrait être sans effet en ce qui concerne ces derniers intérêts. Car, tant qu'ils ne sont pas échus, les intérêts sont une créance éventuelle, une créance qui n'est pas née. Or l'hypothèque, obligation essentiellement accessoire, et par conséquent l'inscription qui la vivifie en la rendant publique, ne doivent pas, en principe, devancer la naissance de l'obligation principale qu'elles ont pour objet de garantir (voy. n[os] 324 et 710). La conséquence serait donc que l'inscription prise pour sûreté d'un capital ne devrait pas conserver des intérêts qui, n'étant pas échus, n'existent pas encore comme créance hypothécaire, et qu'à l'égard de ces intérêts, le créancier devrait prendre des inscriptions successives et spéciales à mesure des échéances, et ne venir dans l'ordre qu'aux dates de ces inscriptions. Mais, on l'a dit avec raison, ce système, quoique en harmonie parfaite avec le principe de la publicité hypothécaire, aurait des inconvénients et des dangers : d'une part, il serait par trop rigoureux envers le créancier qu'il punirait de son indulgence envers le débiteur, et pour les facilités qu'il lui aurait laissées; d'une autre part, en multipliant sans mesure les frais d'inscription, il augmenterait au préjudice de tous les charges dont le gage est affecté.

Est-ce à dire qu'en rejetant ce système, il fallût tomber dans l'excès contraire et permettre que l'inscription conservât tous les intérêts qui pourraient échoir jusqu'au jour où le droit hypothécaire serait exercé, à la seule condition qu'ils ne fussent pas prescrits? Non, sans doute : le principe même de la loi nouvelle ne permettait pas de consacrer les règles qui dominaient à cet égard dans l'ancienne jurisprudence. Il était admis autrefois, sauf dans le ressort de quelques parlements, et notamment en Normandie, où l'on tenait que les intérêts étaient dus moins par la nature de l'obligation que pour la peine du retardement ou pour la contumace du débiteur, il était admis, conformément à la pratique du droit romain (l. 18, ff. *Qui potiores in pignore,* etc.), que les intérêts étant un *accessoire* de la créance, il y avait lieu d'appliquer la maxime : *l'accessoire suit le sort du principal;* partant, on tenait que l'hypothèque du capital devait s'étendre à tous les intérêts dans le cas même où le contrat ne contenait pas la clause « à peine de tous dépens,

dommages et intérêts.» (1) Mais ce qui était possible à cet égard sous un régime qui s'accommodait de la clandestinité de l'hypothèque, devenait de tous points inconciliable avec un système qui a sa base essentielle dans le principe de la publicité. Quand l'inscription hypothécaire doit faire apparaître exactement le montant de la somme réellement due, comment admettre, sans fausser le principe et aussi sans exposer les tiers à des fraudes qu'ils ne sauraient déjouer, que le capital inscrit va s'accroître indéfiniment de la somme indéterminée et non mentionnée dans l'inscription, à laquelle les intérêts pourront s'élever? Mais ces intérêts, indéfiniment agglomérés, vont absorber le gage si le créancier a eu le soin, au moyen d'actes interruptifs, de les mettre à l'abri de la prescription!... Et alors à quoi bon consulter l'inscription, et que servirait-il que le capital garanti y fût accusé? Il ne convenait donc pas plus d'accepter les règles dominantes dans l'ancienne jurisprudence que de s'en tenir aux principes rigoureux du droit.

1014. En conséquence, la loi prend ici un terme moyen. Ainsi avaient fait déjà les rédacteurs de la loi du 9 messidor an 3 et ceux de la loi du 11 brumaire an 7. La première de ces lois disait, en effet, par son art. 14, que « les arrérages de rentes foncières et constituées, perpétuelles ou viagères, et les intérêts des capitaux qui en produisent, ne sont susceptibles de conférer hypothèque que pour une année *et le terme courant* »; et la seconde exprimait, dans son art. 19, que « le créancier inscrit pour un capital produisant intérêts a droit de venir, *pour deux années d'arrérages,* au même rang d'hypothèque que pour son capital. » C'est à cette même idée que se rattache l'art. 2151, qui, combinant les deux dispositions, et empruntant à la loi de brumaire sa formule même, donne aux intérêts du capital inscrit le même rang d'hypothèque qu'à ce capital, mais seulement *pour deux années et pour l'année courante.*

Ainsi, l'économie de la loi, quant aux intérêts, est facile à saisir. En rapprochant les art. 2148, n° 4, et 2151, on voit, d'une part, en ce qui concerne les intérêts *échus* lors de l'inscription, qu'ils participent au même rang d'hypothèque que le capital dont ils sont l'accessoire, *pourvu qu'ils soient inscrits avec ce capital;* et, d'une autre part, en ce qui concerne les intérêts *à échoir,* que l'inscription primitive leur donne le rang qu'elle assure au capital, pour deux années et pour l'année courante, sauf au créancier à prendre, pour les autres années d'intérêts, des inscriptions particulières qui porteront hypothèque à compter de leur date (2).

---

(1) Voy. Basnage (*Tr. des Hyp.*, ch. 3); l'Épine de Grainville (*Rec. d'arr.*, p. 214); Brodeau, sur Louet (lettr. N, § 7); Bouguier (lettr. H, § 6).

(2) Aux termes des lois du 21 vent. an 7 (art. 20) et du 28 avr. 1816 (art. 60), il est perçu un droit proportionnel d'inscription sur les créances hypothécaires. La prétention a été élevée de faire peser ce droit non-seulement sur le capital, mais encore sur les intérêts que l'art. 2151 déclare conservés par l'inscription; et la prétention paraît avoir été d'abord accueillie. Mais l'administration elle-même reconnaît, dans le dernier état de sa jurisprudence, qu'en ce qui concerne ces intérêts, le titre du créancier est dans la loi même, ce qui suffit pour qu'on ne puisse pas exiger le droit sur lesdits intérêts. — Voy. les solutions des 20 mars 1854 et 28 janv. 1867 (S.-V., 67, 2, 200).

Telle est dans son ensemble la théorie de la loi (1); nous en avons expliqué plus haut la disposition relative aux intérêts échus au jour de l'inscription (voy. 991); il faut maintenant en reprendre les termes en ce qui concerne les intérêts *à échoir* auxquels s'applique notre article.

II. — 1015. Ces intérêts ont, de plein droit et en vertu de l'inscription prise pour le capital, le même rang d'hypothèque que ce capital lui-même pour une période que l'art. 2151 fixe *à deux années et à l'année courante.* Il faut avant tout s'arrêter à ces termes de la loi et en préciser la portée.

Et tout d'abord notons qu'aucune difficulté ne peut se présenter à l'esprit tant que l'inscription, au moment où le droit hypothécaire vient à être exercé, ne remonte pas à trois années ou plus.

Par exemple, supposons que l'inscription a été prise le 1er février 1870, et que, le gage étant réalisé, le créancier, qui depuis cette date n'a rien touché sur les intérêts de sa créance, forme sa demande en collocation le 1er octobre 1871 : il n'y a pas d'hésitation possible. L'article 2151 dit, il est vrai, que le créancier a droit d'être colloqué *pour deux années et pour l'année courante* au même rang d'hypothèque que pour son capital; mais c'est évidemment dans la pensée que les intérêts sont dus au moins pour deux années et pour une fraction d'une troisième année; et ce n'est pas pour dire que, quoi qu'il arrive, et la dette fût-elle moindre, le créancier n'en serait pas moins fondé à exiger sa collocation dans les termes de la loi. Or, dans l'espèce, il n'y a d'intérêts dus que pour une première année et pour deux tiers de l'année suivante; la somme à ajouter à celles dont le chiffre est indiqué dans l'inscription devra donc correspondre au montant des intérêts pour un an et huit mois; la collocation ne pourra pas aller au delà.

Modifions notre hypothèse et supposons que, l'inscription étant prise le 1er février 1870, la demande en collocation soit formée le 1er octobre 1872 : ici encore la solution se présente sans aucune incertitude. Les intérêts sont dus pour deux années et pour une fraction de la troisième année; ce sont précisément *les deux années et l'année courante* dont parle l'art. 2151 : il n'est pas le moins du monde douteux que la totalité des intérêts dus ne doive être admise en collocation en sus de la créance garantie, en capital et accessoires, par l'inscription.

Mais la solution se présente moins nette si nous supposons que l'inscription remonte à trois années ou plus quand le droit hypothécaire est exercé. Alors vient la question de savoir quelles sont les deux an-

---

(1) Elle a été appliquée à l'hypothèque maritime par la loi du 10 déc. 1874, dont l'art. 13 exprime « que l'inscription garantit, au même rang que le capital, deux années d'intérêt en sus de l'année courante. » Il n'est pas ajouté, comme dans l'art. 2151 du Code civil, « sans préjudice des inscriptions particulières à prendre... pour les arrérages autres que ceux conservés par la première inscription. » Mais le droit n'en est pas moins certain, et le créancier doit être admis à prendre, quant aux intérêts non conservés, des inscriptions particulières qui porteront hypothèque à compter de leur date.

nées et quelle est l'année courante dont il est question dans la loi : et c'est particulièrement là-dessus que portent les difficultés d'interprétation soulevées par notre article.

1016. Sur le premier point, il s'agit de savoir si les *deux années* sont celles qui suivent immédiatement l'inscription, ou si ce sont deux années subséquentes. La question serait sans objet si le créancier dont l'inscription remonte à plus de trois années n'avait rien reçu des intérêts de sa créance. Comme il en obtient deux de plein droit, et comme, sauf l'appoint de l'année courante dont nous allons parler bientôt, il n'en peut pas obtenir davantage, quel que soit le nombre des années qu'il a laissé s'écouler sans exiger le payement de ses intérêts, il lui importe peu que les intérêts conservés par l'inscription au même rang que le capital soient ceux des premières années ou ceux des dernières.

Mais supposons que le débiteur, exact à servir l'intérêt pour les années qui ont suivi l'inscription immédiatement, ait cessé de le payer pendant les années ultérieures : alors il importe au plus haut degré de préciser la pensée de la loi dans la disposition qui assure de plein droit, et en vertu de l'inscription même, *deux années* d'intérêt. Ceci deviendra patent par un exemple. — Pierre, créancier de Paul pour une somme s'élevant à 20 000 francs en capital et accessoires, a pris inscription sur un immeuble de son débiteur, le 1er février 1870, pour sûreté de cette somme; les intérêts lui sont payés avec exactitude jusqu'au 1er février 1872; l'intérêt cesse d'être servi à partir de cette date, puis l'immeuble affecté est vendu et, le prix en étant distribué, Pierre vient à l'ordre, et, le 1er octobre 1874, il demande a y être colloqué, à la date de son inscription, tant pour le capital que pour les intérêts qui lui sont dus depuis le 1er février 1872. Or, si les deux années dont parle l'art. 2151 s'entendent de celles qui ont suivi immédiatement la date de l'inscription, cette prétention est incontestablement mal fondée; car, dans notre hypothèse, les intérêts ont été exactement servis jusqu'au 1er février 1872; en sorte que les deux *premières* années se trouvant payées, le créancier n'aurait droit d'être colloqué que pour les intérêts de l'année courante, ceux qui ont couru du 1er février 1874 au 1er octobre suivant. Au contraire, si les deux années s'entendent de deux années quelconques à prendre parmi celles qui se sont écoulées depuis l'inscription, la prétention est bien fondée; car, dans notre espèce, les intérêts n'ayant été payés que jusqu'au 1er février 1872, ce qui en reste dû pour la période qui s'est écoulée entre le 1er février 1872 et le 1er octobre 1874, c'est-à-dire pour deux années et huit mois, n'excède pas la mesure fixée par notre article.

Quelle est donc celle des deux solutions qui doit être adoptée? C'est manifestement la seconde. La Cour de Riom, en infirmant un jugement du Tribunal de Cusset, qui s'était prononcé en ce sens, avait cependant jugé le contraire par arrêt du 16 décembre 1813. Mais cet arrêt, déféré à la censure de la Cour de cassation par M. le procureur général a été cassé dans l'intérêt de la loi. La Cour suprême s'est bornée à l'adoption des motifs exprimés dans le réquisitoire; et, en effet, on ne

saurait mieux faire que se référer à ces motifs, qui mettent dans tout son jour la vérité de la solution proposée. « L'intention évidente de la loi, a dit M. le procureur général, a été de fixer, autant que possible, le montant de la dette à l'égard des tiers, de faciliter les emprunts, d'éviter cette accumulation d'arrérages qui peut doubler le capital, et qui se concilie difficilement avec la publicité des hypothèques. Le législateur ne conserve les anciens principes, qui plaçaient les arrérages au même rang que le capital, que pour deux années et la courante... — Le principe une fois posé, il n'y avait pas de motif pour mettre des entraves à son exécution. On a dû laisser à la conséquence qui en résultait toute la latitude dont elle était susceptible : aussi le législateur n'a-t-il pas limité, n'a-t-il pas spécialisé. Il a fixé le nombre des années; mais il n'a pas dit quelles années. Sous l'empire de l'édit de 1771, l'inscription valait pour tous les intérêts; elle ne vaut aujourd'hui que pour deux années et l'année courante; voilà toute la différence. Si les deux premières années sont payées, le droit se reporte sur les années suivantes. Ce déplacement est de droit, il est dans la nature des choses, et se renouvelle si le payement se renouvelle. L'arrêt de la Cour de Riom a quelque chose de vrai; c'est qu'au delà de ces années, il n'y a plus que la ressource des inscriptions particulières. Mais étendre ce principe, décider que ces années sont invariablement les premières, c'est faire une nouvelle loi... » Ce sont les motifs que la Cour de cassation sanctionne en les adoptant par son arrêt, et auxquels la doctrine s'est unanimement rattachée (1).

1017. Sur le second point, nous rencontrons des difficultés plus graves. Il s'agit de fixer le sens dans lequel l'art. 2151 parle de l'*année courante*.

Et d'abord, ces expressions impliquent-elles l'idée d'*une année pleine et entière,* en sorte qu'en s'ajoutant aux deux années dont nous venons de parler, le rang hypothécaire du capital soit assuré aux intérêts de *trois années?* Ou bien s'agit-il ici seulement d'une fraction d'année tellement que le créancier n'ait droit d'être colloqué au rang du capital que pour deux années et le prorata de l'année qui court au moment où cessent les effets de l'art. 2151? C'est une question que, jusqu'à ces derniers temps, la doctrine avait tranchée plutôt qu'elle ne l'avait résolue. D'une part, M. Tarrible affirmait, sans preuve, que la collocation légale au rang du capital ne peut avoir lieu *que pour deux années pleines d'intérêts, et pour la partie de l'année courante qui se trouve écoulée lors de la distribution;* et c'est en ce sens que s'est prononcé un jugement du Tribunal civil de Lyon (2). — D'un autre côté, M. Troplong affirmait, en sens contraire, mais sans preuve également, que l'année

(1) Voy. Cass., 27 mai 1816. — *Junge :* Angers, 18 juill. 1827. — Voy. MM. Merlin (*Quest.*, v° Inscript., § 2 *bis*); Grenier (t. I, n° 200); Dalloz (*Rép.*, v° Hyp., p. 403, n° 30); Duranton (t. XX, n° 149); Troplong (n° 698); Martou (1119); Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, sur l'art. 2151); Aubry et Rau (t. II, p. 858 et 859; 4e édit., t. III, p. 423); Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. V, p. 232, note 3).

(2) Trib. de Lyon, 25 mars 1846 (*J. du not.*, 2e série, n° 218, p. 127); M. Tarrible (v° Inscript. hyp., § 5, n° 14).

courante doit être allouée en entier, quand il est dû trois ans ou plus d'intérêts; et c'est ainsi que la question a été résolue par la Cour de Montpellier (1).

S'il s'agissait ici de faire la loi, peut-être y aurait-il plus d'une bonne raison pour donner la préférence à ce dernier système. En effet, on peut dire d'abord, contre celui de M. Tarrible, qu'il laisse dans les accessoires conservés par l'inscription une grande indétermination résultant non-seulement de ce que le taux des intérêts ou des arrérages peut être plus ou moins élevé, mais encore de ce que l'année courante peut varier depuis un jour jusqu'à trois cent soixante-quatre ou trois cent soixante-cinq jours; et, à ce point de vue, le principe de la publicité n'est pas complétement satisfait, puisque le tiers qui voudrait contracter avec le propriétaire d'un immeuble grevé d'hypothèque ne peut pas, en consultant l'inscription, calculer exactement les sommes conservées par cette inscription. Ensuite on peut objecter que ce système conduit à des inégalités choquantes, en ce que, par exemple, le créancier auquel sont dus les intérêts de trois ans et un jour est traité bien moins favorablement que celui qui aurait à en réclamer trois années moins un jour, puisque ce dernier a droit d'être colloqué dans l'ordre pour tous les intérêts au même rang que pour le capital, tandis que le premier, dans ce système, n'y doit être admis que pour les intérêts de deux ans et un jour. Aussi la loi pourrait-elle et peut-être devrait-elle être modifiée s'il y avait à la refaire (2).

Mais nous n'avons ici qu'à l'interpréter : et alors on ne peut que se rendre à l'avis indiqué par M. Tarrible. Rappelons-nous, en effet, les termes de la loi de brumaire. L'art. 19 exprimait que « le créancier inscrit pour un capital produisant des intérêts a droit de venir, *pour deux années d'arrérages,* au même rang d'hypothèque que pour son capital. » Or, l'art. 2151 n'est pas autre chose que la reproduction de ce texte, sauf l'extension de l'inscription aux intérêts de l'année courante. Ce simple rapprochement dit que si les rédacteurs du Code eussent entendu accorder *une troisième année,* ils s'en fussent tenus assurément à la formule si simple et si naturelle de la loi de brumaire qu'ils avaient sous les yeux et dont ils adoptaient le principe. Quand les rédacteurs de cette loi ont voulu allouer *deux années* d'intérêt au créancier inscrit, ils n'ont pas dit que le créancier viendrait *pour une année seulement et pour l'année courante.* Comment supposer que le Code,

---

(1) Montpellier, 27 juin 1847 (Dall., 50, 1, 222); M. Troplong (n° 691 *ter*). — *Junge :* M. Persil (art. 2151, n° 3).

(2) Elle a été modifiée en Belgique par la loi du 16 déc. 1851, dont l'art. 87 dispose d'une manière invariable que tout créancier inscrit pour un capital produisant intérêt a droit d'être colloqué *pour trois années* au même rang que pour son capital. Voy. MM. Delebecque (*Comm. législ.*, p. 324, 325); Martou (t. III, p. 188). — Et, en France, dans les projets de réforme discutés de 1849 à 1851, on tendait à l'uniformité dans les conséquences de la loi en établissant une proportion entre les intérêts conservés de plein droit par l'inscription et le capital; cette proportion, fixée d'abord au dixième, avait été élevée au sixième dans les derniers projets. Voy. le Rapport de M. de Vatimesnil (p. 43 et 193) et l'art. 2156 du projet préparé pour la troisième délibération.

s'il en a voulu donner trois, ne l'ait pas dit nettement, à l'exemple de la loi de brumaire, au lieu d'envelopper sa pensée dans une formule ambitieuse et on ne peut plus équivoque? Évidemment, le texte ici est décisif, d'autant plus qu'il serait de tous points inexact, s'il avait la signification qu'on lui prête dans le système contraire, puisqu'il n'y a point, à proprement parler, d'*année courante,* s'il s'agit en réalité de trois années révolues.

Ajoutons que la pensée dont la loi s'est inspirée n'est pas moins décisive. Et, en effet, la disposition de l'art. 2151 est complexe. En même temps qu'elle donne à l'inscription du capital l'effet de garantir les intérêts pendant la période fixée, elle avertit que le créancier peut assurer à ses autres intérêts le bénéfice de l'hypothèque au moyen d'inscriptions successives pour chaque année qui viendra s'ajouter aux années conservées par l'inscription primitive. Mais ces inscriptions particulières ne peuvent être prises qu'après chaque année révolue (voy. n° 1023). Et alors qu'arrive-t-il si, plus de deux années s'étant écoulées depuis l'inscription primitive, les effets de l'art. 2151 viennent à être réglés avant l'expiration de la troisième? Il arrive qu'empêché de s'inscrire pour les intérêts de portion d'année tant que l'année n'est pas révolue, le créancier ne peut pas se secourir lui-même; voilà pourquoi la loi, venant à son aide, lui accorde l'année courante indépendamment de deux années pleines et entières. Mais l'année une fois révolue, le créancier peut agir et assurer ses droits par une inscription particulière; la loi ne lui doit plus rien alors: voilà pourquoi l'expression *année courante* ne peut pas équivaloir, dans notre article, à l'expression *année pleine et entière.* C'est, du reste, l'opinion qui tend aujourd'hui à prévaloir (1).

Nous ne voulons pas dire, cependant, que le créancier inscrit ne puisse jamais être colloqué pour trois années d'intérêts, ou même plus, en vertu de l'inscription primitive; nous verrons, au contraire, qu'il est telles hypothèses où les intérêts de plus de trois années devront lui être alloués au même rang que le capital: mais ce n'est pas par application de l'art. 2151; c'est ce que nous indiquerons bientôt (voy. n°s 1020 et 1023). Auparavant, nous avons à compléter nos explications sur l'*année courante,* dont il est question dans cet article.

---

(1) Nous l'avons soutenue à l'occasion du jugement du Tribunal de Lyon, du 25 mars 1846, cité plus haut (*Rev. de législ.*, année 1846, t. II, p. 337 et suiv.); elle a été défendue depuis par M. le président Nicias Gaillard (*ibid.*, 1850, t. II, p. 270), et consacrée par la Cour de cassation, une première fois lorsqu'elle a cassé l'arrêt de la Cour de Montpellier ci-dessus cité, par arrêt du 1er juill. 1850 (Dall., 50, 1, 222; *J. Pal.*, 1850, t. II, p. 550; S.-V., 50, 1, 710), et une seconde fois lorsque, par arrêt du 24 févr. 1852 (Dall., 52, 1, 46; S.-V., 52, 1, 174; *J. Pal.*, 1854, t. I, p. 39), elle a rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Caen. Voy. encore MM. Dalloz (*loc. cit.*, n° 31), Duranton (t. XX, n° 151), et nos articles dans la *Revue critique* (t. I, p. 11, et t. II, p. 407). — Ajoutons que la formule adoptée par les rédacteurs de la loi du 10 déc. 1874 sur l'hypothèque maritime est explicite en ce sens: « L'inscription, porte l'art. 13, garantit... *deux années d'intérêt en sus de l'année courante.* » — D'ailleurs, l'année courante peut comprendre un semestre et une fraction de semestre, si les intérêts sont payables par six mois. Lyon, 9 juin 1865 (S.-V., 65, 2, 304; *J. Pal.*, 1865, p. 1138).

1018. Cette année courante, nous venons de l'établir, n'est pas une année entière : c'est une portion d'année. Quelle est cette portion et où commence-t-elle?

Et d'abord, il ne s'agit pas ici de l'année où l'inscription est prise. Seul, M. Persil (1) avait émis cette opinion; toutefois, il ne paraît pas y avoir persisté : c'est qu'en effet, dans ce système, l'année courante (à supposer qu'il y en eût une, ce qui pourrait ne pas être, par exemple si l'inscription était prise le jour même où l'hypothèque aurait été constituée) précéderait les deux années pleines que conserve l'inscription, tandis que, d'après le texte comme d'après l'esprit de la loi, cette année courante doit évidemment suivre les deux autres. Ce n'est donc pas de l'année de l'inscription qu'il s'agit ici.

1019. Quand donc commence l'année courante dont il est question? Quand finit-elle? En d'autres termes, quel est l'événement qui sert de limite aux effets de l'art. 2151 et fait cesser ces effets? Ce point soulève de graves controverses et donne lieu aux opinions les plus divergentes. On prétend, d'une part, que l'époque à laquelle il faudrait se reporter pour déterminer les intérêts garantis par l'inscription au même rang que le capital serait celle de l'adjudication (2); d'un autre côté, on dit que ce serait la date de l'acte qui immobilise les fruits (c'est-à-dire la transcription de la saisie d'après l'art. 682 C. proc.), ou de la notification faite aux créanciers inscrits, suivant qu'il s'agit d'une expropriation forcée ou d'une aliénation volontaire (3); enfin, dans un autre système, on se rattache à la demande en collocation (4).

La dernière solution est, à notre avis, la meilleure. D'abord elle est, pour ainsi dire, indiquée par l'art. 2151. On y lit, en effet, que le créancier inscrit pour un capital produisant intérêt ou arrérage a droit d'*être colloqué* pour deux années seulement et pour l'*année courante;* et la combinaison de ces termes de la loi fournit au moins un indice que, dans la pensée du législateur, l'année courante dont il parle est celle qui court au moment de la demande en collocation, et, par suite, que les effets de l'art. 2151 cessent, pour chaque créancier inscrit, précisément le jour où il forme cette demande.

Ensuite ce système se défend par cette considération plus décisive que seul, parmi tous ceux qui sont proposés, il répond exactement à la

---

(1) Voy. M. Persil (art. 2151, nº 3).

(2) Voy., en ce sens, l'arrêt de la Cour de Montpellier, du 27 juin 1847, cité à l'une des notes précédentes. — *Junge :* Bordeaux, 26 août 1868; Alger, 9 mars 1870; Cass., 30 juill. 1873 (Dall., 70, 2, 176; 74, 1, 106; S.-V., 69, 2, 101; 71, 2, 15; *J. Pal.*, 1869, p. 461; 1871, p. 88).

(3) Voy. MM. Troplong (nº 698 *bis*); Taulier (t. VII, p. 348); Aubry et Rau (t. II, p. 859, note 21; 4ᵉ édit., t. III, p. 423, note 22); Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. V, p. 233, note 4). — Voy. aussi Req., 5 juill. 1827, et le jugement précité du Tribunal de Lyon, du 25 mars 1846. — *Junge :* Nancy, 12 juin 1832, et Orléans, 7 déc. 1858 (*J. Pal.*, 1859, p. 1159).

(4) Voy. Cass., 27 mai 1816, et l'arrêt déjà cité de la Cour de Lyon, du 9 juin 1865. Voy. aussi MM. Tarrible (*Inscrip. hyp.*, § 5, nº 14); Grenier (t. I, nº 100); Blondeau (*Rev. de législ.*, t. II, p. 178, et t. III, p. 342); Zachariæ (t. II, p. 199 et note 4); Duranton (t. XX, nº 150); Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 499); Ollivier et Mourlon (nº 436).

pensée de la loi. Car, répétons-le, la limitation des intérêts consacrée par l'art. 2151 a pour fondement le principe même de la publicité : le législateur veut que les tiers, en consultant l'inscription, puissent se rendre compte exactement de la charge qui pèse sur l'immeuble et en apprécier l'importance. Mais après la transcription de la saisie et même après l'adjudication, des hypothèques nouvelles pourront être constituées sur l'immeuble soit par le saisi lui-même (voy. nos 353 et 623), soit par l'adjudicataire. Or, les nouveaux créanciers seront assurément trompés, et, à leur égard, les inscriptions préexistantes n'auront pas rempli leur objet si l'on suppose que les titulaires de ces inscriptions devront être admis et colloqués dans l'ordre non-seulement pour les intérêts des deux années et de l'année courante qui ont précédé la transcription de la saisie ou l'adjudication, mais encore pour tous ceux qui ont pu courir depuis. On le voit donc, les motifs sur lesquels est fondée la disposition de l'art. 2151 subsistent encore même après la transcription de la saisie, même après l'adjudication ou la vente volontaire suivie de notification. Ces motifs ne disparaissent réellement que lorsque le créancier inscrit agit pour l'exercice de son droit hypothécaire. Et comme c'est la production à l'ordre ou la demande en collocation qui constitue l'exercice du droit hypothécaire, il faut dire que c'est cette production ou cette demande qui sert de limite aux effets de notre article et détermine les intérêts auxquels l'inscription donne de plein droit le rang hypothécaire du capital.

1020. Néanmoins, si l'art. 2151 doit être limité aux intérêts échus avant la demande en collocation, ce n'est pas à dire que la créance hypothécaire conservée par l'inscription ne puisse pas s'augmenter d'intérêts échus après cette demande. En effet, il peut s'écouler, entre le jour où un créancier produit à l'ordre et celui où il obtient sa collocation et se trouve en mesure de se faire payer, un espace de temps assez considérable et qui peut se prolonger beaucoup si, à propos des collocations, il s'élève des contestations sur lesquelles il faudra faire statuer en première instance et peut-être en appel. Le créancier qui, en produisant à l'ordre, a fait tout ce que la loi exigeait de lui, ne doit pas être privé des intérêts qui ont couru pendant cet intervalle ; ce n'est pas par sa faute si des circonstances particulières sont survenues qui l'ont empêché de recevoir son payement. Aussi la limitation de l'art. 2151 ne s'applique-t-elle pas à ces intérêts ; ils doivent être alloués au même rang d'hypothèque que le capital, non plus en vertu de cet article, mais par application des principes généraux qui font des intérêts l'accessoire du capital. Cela résulte nettement des art. 757, 767 et 770 du Code de procédure civile. C'est ici l'un des cas particuliers auxquels nous avons fait allusion plus haut (voy. n° 1017), en disant que, nonobstant le principe de l'art. 2151 qui accorde au créancier inscrit seulement deux années d'intérêts et une fraction d'une troisième année, il peut arriver que le créancier obtienne, en vertu de l'inscription primitive, trois années pleines d'intérêts ou même plus, au rang d'hypothèque que cette inscription assigne à son capital. La jurisprudence est

fixée en ce sens (1); elle va même jusqu'à décider que lorsque dans un ordre judiciaire une créance hypothécaire *est colloquée éventuellement,* les intérêts de cette créance courus depuis le règlement définitif de l'ordre doivent, *lors de la réalisation de l'éventualité,* être payés sur ce qui reste libre de la masse hypothécaire, par préférence aux dettes chirographaires (2).

1021. Mais lorsque le règlement définitif de l'ordre a fixé le montant des créances en principal et intérêts, il y a un droit acquis, une sorte de contrat judiciaire qui règle d'une manière irrévocable les droits de toutes les parties qui ont figuré dans l'ordre; et désormais la créance que chacune d'elles doit prendre sur la masse hypothécaire ne peut pas s'augmenter des intérêts qui courraient jusqu'au payement effectif. Cela fut jugé dans une espèce où, après le règlement définitif de l'ordre, il y avait eu revente sur folle enchère, faute par l'acquéreur d'avoir payé les bordereaux de collocation. Il fut décidé que, dans ce cas, les créanciers colloqués en premier rang ne peuvent, au détriment de ceux qui viennent après, et de l'ordre primitivement arrêté, réclamer, sur le prix de la seconde adjudication, le payement des intérêts de leurs créances courus depuis la clôture de l'ordre, et qu'ils n'ont alors de recours à exercer que contre le premier acquéreur, pour les droits qu'ils croient avoir à cet égard (3).

1022. Ceci dit sur la question de savoir quelles sont les deux années et quelle est l'année courante dont parle l'art. 2151, il reste à faire remarquer que les intérêts qui pourraient être dus au créancier indépendamment de ceux que l'inscription conserve de plein droit, et auxquels elle donne le rang hypothécaire du capital, constituent, quoique non garantis par l'inscription primitive, une créance non pas simplement chirographaire, mais hypothécaire. Ils sont, en effet, un accessoire du capital, et, à ce titre, ils participent au bénéfice de l'hypothèque acquise pour sûreté du capital. Seulement, l'inscription primitive ne les conservant pas, ils doivent, pour être recouvrés hypothécairement, être conservés par des inscriptions particulières. Et précisément parce que ces intérêts constituent une créance hypothécaire, comme celle du capital dont ils sont l'accessoire, les inscriptions particulières au moyen desquelles ils sont conservés peuvent être prises en vertu du titre même qui a conféré l'hypothèque pour sûreté du capital : le créancier trouve

---

(1) Voy. Cass., 4 août 1807, 21 nov. 1809; Req., 5 juill. 1827, 2 avr. 1833; Paris, 26 déc. 1807; Rouen, 26 juin 1810; Rennes, 7 mars 1820; Orléans, 10 juin 1825; Bordeaux, 19 déc. 1826; Bourges, 25 mai 1827 et 23 mai 1829; Nancy, 12 juin 1832 et 12 avr. 1874; Angers, 26 nov. 1846 (S.-V., 28, 1, 105; 33, 1, 378; 76, 2, 22; *J. Pal.*, 1876, p. 195; Dall., 47, 2, 53). Voy. aussi MM. Tarrible (v° Saisie immobil., § 8, n° 3); Merlin (*Quest.*, v° Inscript. hyp., § 2); Grenier (t. I, n° 102); Delvincourt (t. III, p. 340); Duranton (t. XX, n° 151); Zachariæ (t. II, p. 200, note 5); Troplong (n° 699 *bis*); Martou n° 1125; Aubry et Rau (4e édit., t. III, p. 425). — Voy. cependant M. Blondeau (*Rev. de législ.*, t. II, p. 184).

(2) Req., 22 janv. 1840 (S.-V., 40, 1, 275). — Voy. cependant Bordeaux, 6 juin 1848 (Dall., 51, 2, 152).

(3) Voy. Douai, 10 juin 1843 (S.-V., 44, 2, 18).

dans ce titre le droit de s'inscrire; il n'a pas besoin de conventions spéciales pour y être autorisé.

1023. Mais, en principe, ces inscriptions doivent être prises successivement et à mesure des échéances, puisque c'est seulement quand ils sont échus que les intérêts sont dus, et qu'en principe la sûreté hypothécaire ne doit pas devancer la naissance de la créance garantie. Toutefois, ne pourrait-il pas être dérogé à cette règle par la convention? M. Troplong nous apprend que la question s'est présentée devant le Tribunal de Nancy. Voici l'espèce. Un emprunt est souscrit avec constitution d'hypothèque, et il est stipulé dans l'acte que le capital ne sera remboursable qu'après le décès de la mère de l'emprunteur, et que les intérêts convenus à 5 pour 100 ne pourront pas non plus être exigés avant cette époque. En conséquence, le prêteur prend inscription pour sûreté du capital et pour dix années d'intérêts à échoir. La créance étant ensuite devenue exigible par le décès de la mère du débiteur, survenu plus de dix ans après la date de l'inscription, les immeubles grevés sont vendus et le prix en est mis en distribution : le créancier vient à l'ordre, où il demande sa collocation suivant son rang d'hypothèque (il était le premier inscrit) non-seulement pour son capital, mais encore pour tous les intérêts échus depuis la date du prêt. Était-il fondé? M. Troplong, sans dire comment la question a été résolue par le Tribunal de Nancy, se prononce, quant à lui, pour la négative. Il ne faut pas, dit-il, que les capitaux prêtés par des créanciers subséquents soient sacrifiés à des intérêts arréragés pendant un grand nombre d'années; sans cela, l'art. 2151 restera toujours avec sa portée exempte d'exception et avec son texte inflexible et décisif : tant qu'il s'agit d'intérêts à échoir, la loi est claire; l'inscription ne peut conserver que deux années et la courante; tout le reste tombe dans la masse chirographaire, à moins qu'il n'y ait des inscriptions successives assurant hypothèque à compter de leur date (1).

Quant à nous, il nous est impossible d'adopter pleinement cet avis.

D'abord, nous nous demandons si la convention signalée par M. Troplong est valable en principe et d'une manière absolue. Et, à cet égard, nous concevons des doutes sérieux. Lorsqu'une loi précise établit la prescription des intérêts et arrérages (C. civ., art. 2277); quand, d'un autre côté, un principe général, en matière de prescription, ne permet pas de renoncer par avance à une prescription non accomplie (art. 2220), nous hésitons à considérer comme légale une convention qui autoriserait à cumuler dix, vingt, trente, cinquante années d'intérêts. Nous sommes donc porté à penser que la convention dont il s'agit ici ne serait valable que pour cinq ans seulement (C. civ., art. 2277) (2).

Mais, dans cette mesure, nous croyons, contrairement à l'avis de M. Troplong, que l'inscription primitive garantit les intérêts en même

---

(1) Voy. M. Troplong (n°s 700 *bis* et suiv.); — *Junge :* M. Martou (n° 1128).
(2) Voy. cependant M. Caillemer (*Des Intérêts*, p. 88, n° 5).

temps que le capital, pourvu que la convention y soit relatée. Sans doute, il faut, pour la conservation des intérêts autres que ceux des deux années et de l'année courante dont parle l'art. 2151, des inscriptions successives qui ne peuvent être prises qu'à mesure des échéances : c'est la règle. Toutefois, elle ne nous paraît pas tellement absolue qu'il ne puisse pas y être dérogé par une convention. Nous dirons ici, avec M. Blondeau, « que la prescription hypothécaire ne saurait atteindre des intérêts *qui ne sont pas exigibles, et qui sont véritablement une portion du capital.* » (1). Là est la raison de décider. Ajoutons qu'elle peut être corroborée par de très-sérieuses considérations. Qu'a voulu l'art. 2151? Prévenir toute incertitude sur la véritable situation du débiteur. Mais ici où est l'incertitude et comment le doute serait-il possible? Tous ceux qui ont traité avec le débiteur ont su nettement, en consultant l'inscription, qu'il était débiteur d'intérêts devant forcément s'accumuler pendant cinq années. D'un autre côté, l'art. 2151 a voulu, en outre, que le créancier veillât avec exactitude au recouvrement des intérêts annuels, afin que le débiteur ne succombât pas plus tard sous le poids d'intérêts agglomérés. Mais ici comment le créancier aurait-il pu se faire payer au fur et à mesure des échéances, quand la loi que les parties s'étaient faite lui liait les mains pour cinq ans? Ces raisons, nous l'avouons, nous paraissent suffisantes pour conclure que, dans les termes où nous réduisons l'espèce signalée par M. Troplong, il n'y aurait pas lieu à l'application de l'art. 2151, et que le créancier serait fondé à exiger hypothécairement les cinq années d'intérêts de sa créance en vertu de son inscription primitive (2).

1024. Hors de là, les intérêts autres que ceux de deux années et de l'année courante n'obtiennent, quoique accessoires de ce capital, le bénéfice de l'hypothèque qu'à la condition d'être spécialement conservés, et à mesure des échéances, par des inscriptions particulières dont l'effet est d'attribuer rang d'hypothèque à compter de leur date. L'art. 2151 est aussi très-positif sur ce point.

Rappelons seulement que, nonobstant la prohibition posée en principe dans l'art. 2146 du Code civil, reproduite ensuite et développée, mais seulement pour le cas de faillite, dans les art. 446 et 448 du Code de commerce (voy. *suprà*, nos 869 et suiv.), ces inscriptions particulières peuvent être prises par le créancier même dans le cas où le débiteur est en état de faillite, et aussi dans le cas où le débiteur étant décédé, sa succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire. Nous avons démontré plus haut que cette prohibition s'applique uniquement aux inscriptions ayant pour objet la conservation d'une créance *principale,* et, dès lors, qu'elle ne fait pas obstacle à ce que, soit après la faillite du débiteur, soit après l'ouverture de la succession acceptée sous

---

(1) Voy. M. Blondeau (*Rev. de législ.*, t. IV, p. 276 et suiv.).

(2) M. le conseiller Nachet s'est prononcé en sens contraire dans le savant Rapport fait à la chambre des requêtes à l'occasion d'un pourvoi en cassation dirigé contre un arrêt de la Cour de Paris du 18 juin 1872 (S.-V., 73, 1, 36; *J. Pal.*, 1873, p. 57).

bénéfice d'inventaire, des inscriptions particulières soient prises pour conserver les *intérêts* de créances hypothécaires régulièrement et valablement inscrites (voy. *suprà*, nos 889 et 925).

1025. Cependant le contraire a été expressément jugé, pour le cas de faillite, par arrêt de la Cour de Caen. La Cour y exprime formellement « qu'il faut conclure du rapprochement des art. 2146 et 2151 que le législateur a voulu que le créancier *ne pût prendre utilement inscription, pour les intérêts échus depuis le jour de l'ouverture de la faillite, et par conséquent les obtenir hypothécairement,* ce qui est évidemment fondé sur ce qu'à partir de ce moment les droits de tous les créanciers sont irrévocablement fixés, et qu'aucun d'eux ne peut en obtenir de nouveaux au préjudice des autres; que les dispositions de l'art. 445 du Code de commerce ne sont point en opposition avec ce système; que si cet article assure aux créanciers hypothécaires le payement du capital et des intérêts échus après l'ouverture de la faillite, il ne dit pas que ces intérêts, par dérogation aux art. 2146 et 2151 du Code civil, seront garantis par l'hypothèque du capital, *ou qu'il permet de les inscrire particulièrement au fur et à mesure de leurs échéances,* ou enfin qu'il dispense de les inscrire, *d'où il faut conclure que, en les accordant, il veut qu'ils forment* une créance chirographaire. » (1). C'était faire l'application la plus inexacte de la règle exceptionnelle consacrée dans la partie prohibitive de l'art. 2146 ; nous l'avons établi au n° 889 avec la jurisprudence, et notamment sur l'autorité d'un arrêt très-explicite et très-formel rendu par la Cour de cassation le 20 février 1850. Il est vrai que le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la Cour de Caen a été rejeté le 24 février 1852 (2). Mais ce n'est pas à dire que la Cour de cassation ait, à deux ans de distance, contredit sa propre doctrine. Tout au contraire, l'arrêt de 1852 est une confirmation énergique de la théorie établie dans celui de 1850. Dans l'espèce, aucune inscription particulière n'ayant été prise pour les intérêts dus indépendamment de ceux des deux années et de l'année courante conservés de plein droit par l'inscription du capital, la Cour suprême ne pouvait pas prononcer la cassation d'un arrêt dont le dispositif, en définitive, déclarait purement chirographaire la créance de ces intérêts. Mais, notons-le bien, c'est le dispositif seulement qui a été maintenu; quant aux motifs, ils ont été condamnés aussi énergiquement que cela pouvait être dans un arrêt de rejet : la Cour de cassation a positivement déclaré que ni l'art. 445 ni l'art. 448 du Code de commerce n'ont dérogé au principe établi par l'art. 2151 du Code civil, et que si le premier de ces articles fait courir, même après la faillite du débiteur, les intérêts des créances hypothécaires, ces intérêts eux-mêmes n'ont du moins le rang hypothécaire que dans les termes de l'art. 2151; et, par conséquent, que, *lorsqu'il s'agit d'intérêts,* il faut, loin de tenir compte de l'art. 448 du Code de commerce, qui ne permet pas de prendre inscription après la

(1) Caen, 10 août 1847 (*J. Pal.*, 1854, t. I, p. 40).
(2) Voy. l'arrêt de rejet du 24 févr. 1852 (*J. Pal.*, loc. cit.; Dall., 52, 1, 46; S.-V., 52, 1, 174).

faillite du débiteur, dire au contraire que non-seulement le créancier *peut,* mais encore qu'il *doit* prendre des inscriptions particulières pour assurer le rang hypothécaire à ceux que l'inscription primitive n'a pas conservés de plein droit.

III. — 1026. Voyons maintenant quels sont les intérêts auxquels s'étendent les prévisions du législateur. Ici encore, il faut s'attacher au texte de la loi, et, sans en étendre les termes, leur laisser au moins toute leur portée. Or la loi donne, par l'effet de l'inscription prise pour sûreté d'un capital, le rang hypothécaire de ce capital aux *intérêts ou arrérages* qu'il produit. De là plusieurs conséquences.

1027. D'une part, puisque l'art. 2151 parle limitativement des *intérêts,* la collocation autorisée ne doit pas comprendre l'intérêt des intérêts. La Cour d'Angers s'est prononcée en ce sens dans une espèce où les intérêts des intérêts avaient été stipulés par la convention entre le débiteur et le créancier ; et la Cour de Bourges a suivi la même doctrine dans l'hypothèse où ces intérêts avaient leur principe dans une demande judiciaire (1). La raison de décider est la même, en effet, dans les deux situations. Sans doute le créancier peut demander, comme le dit la Cour de Bourges, que les intérêts soient capitalisés et produisent des intérêts ; mais les intérêts produits forment un supplément de créance que l'on ne saurait faire entrer dans la collocation, parce que, ajouter aux intérêts des intérêts accessoires, ce serait, en excédant les limites que la loi a tracées, aggraver la position des créanciers postérieurs contrairement à leurs prévisions fondées sur les dispositions précises et limitatives de l'art. 2151.

1028. Néanmoins il est un cas où la capitalisation des intérêts va de droit, et où ces intérêts capitalisés s'ajoutent au capital pour jouir du même rang d'hypothèque : c'est le cas où l'hypothèque a été constituée pour sûreté d'un crédit ouvert. Dans cette hypothèse, sur laquelle nous nous sommes suffisamment expliqué plus haut (voy. n°s 711 et suiv.), les intérêts des avances faites par le créditeur se capitalisent de trois mois en trois mois, ou de six mois en six mois, en sorte qu'ils font alors partie intégrante et constitutive du capital du crédit dont ils ne peuvent plus être ni séparés ni distingués. Ces intérêts se trouvent donc garantis comme capital en tant qu'étant réunis à ce capital, le montant total n'excède pas la somme limitée par le crédit ; et dès lors la disposition de l'art. 2151, qui étend l'effet de l'hypothèque à la garantie des intérêts de deux années et de l'année courante, n'est applicable, dans cette hypothèse, qu'aux intérêts échus postérieurement à la balance définitive du compte courant ouvert par suite du crédit (2).

1029. D'une autre part, puisque la loi parle des *arrérages* en même temps qu'elle parle des intérêts, nous concluons qu'elle s'applique au créancier d'une *rente viagère* comme à tous autres créanciers. La loi

---

(1) Angers, 25 nov. 1846 ; Bourges, 30 avr. 1853 (Dall., 47, 2, 53 ; 54, 2, 52 ; *J. Pal.*, 1847, t. II, p. 483 ; 1853, t. II, p. 228).

(2) Douai, 10 févr. 1853 (*J. Pal.*, 1854, t. II, p. 45 ; Dall., 54, 2, 199 ; S.-V., 53, 2, 305).

du 9 messidor an 3 le disait expressément dans son art. 14, dont la disposition est ci-dessus reproduite (voy. n° 1014) : il est évident, par la juxtaposition des mots *intérêt* et *arrérage,* que l'art. 2151, quoique moins explicite, est conçu dans la même pensée. La Cour de Bordeaux avait cependant jugé en sens contraire, en se fondant sur ce que, dans une rente viagère, le crédi-rentier n'a qu'une créance qui se renouvelle à chaque échéance de la rente convenue, et qu'il n'a pas *ce capital produisant intérêt ou arrérage* dont parle la loi; d'où la Cour avait tiré cette conséquence que le créancier doit être colloqué pour tous les arrérages échus de la rente, bien qu'il n'ait pas pris d'inscription particulière à chaque échéance (1). Toutefois, cet arrêt est sans écho; la Cour de Bordeaux elle-même n'a pas persisté dans sa doctrine; et il est admis unanimement aujourd'hui que les rentes viagères rentrent dans les prévisions de l'art. 2151, qui, voulant assurer la publicité de l'hypothèque, ne fait aucune distinction (2).

IV. — 1030. L'art. 2151 parle du créancier *inscrit* pour dire que les intérêts conservés par l'inscription sont colloqués au même rang d'*hypothèque* que le capital. De là deux restrictions sur lesquelles nous avons eu l'occasion de nous expliquer déjà, et qu'il importe de rappeler ici. — En premier lieu, l'art. 2151, en parlant du rang d'*hypothèque,* se restreint par ses termes aux intérêts des créances *hypothécaires;* la disposition n'en est donc pas applicable aux créances *privilégiées* dont tous les intérêts sont conservés, en vertu de l'inscription primitive, au rang de *privilége* du capital dont ils sont l'accessoire. Nous avons démontré cela au n° 197; nous y renvoyons le lecteur. — En second lieu, en parlant du créancier *inscrit,* cet article se restreint encore par ses termes aux intérêts des créances dont l'hypothèque n'existe au regard des tiers qu'à la condition d'être inscrite; la disposition n'en est donc pas applicable aux intérêts des créances des femmes contre leurs maris et des mineurs ou des interdits contre leurs tuteurs, puisque l'hypothèque que le législateur a cru devoir attacher à ces créances existe indépendamment de toute inscription. Nous avons établi ce point également aux n°s 436 et 439. Nous ajouterons pourtant ici deux observations importantes.

1031. La première, c'est que la solution doit être étendue même aux intérêts des créances de l'État, des communes et des établissements publics sur les biens de leurs comptables. A la vérité, il s'agit ici d'une hypothèque qui, bien que légale, est néanmoins sujette à inscription; et, par ce motif, notre doctrine a trouvé d'énergiques contradicteurs (3). Mais la raison de décider est, à notre avis, dans l'art. 2153 (voy. *suprà,* n° 996). La Cour de cassation, qui s'est prononcée en ce sens, a dit

(1) Bordeaux, 23 août 1823.

(2) Ce sont les termes d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 13 août 1828 (Dall., 28, 1, 381). Voy. aussi Bordeaux, 3 févr. 1829 et 15 févr. 1832 (Dall., 29, 2, 285; S.-V., 33, 2, 59). — *Junge :* MM. Zachariæ (t. II, p. 198, note 1); Blondeau (*Rev. de législ.*, t. IV, p. 278); Duranton (t. XX, n° 155); Troplong (n° 700); Martou (n° 1122).

(3) Voy. MM. Duranton (t. XX, n° 154); Troplong (n° 701 *bis*).

avec raison que les droits et valeurs indéterminés dont parle cet article s'entendent aussi bien des *intérêts* du capital du débet présumé du comptable que de ce capital même, et que les comptes du Trésor se composant nécessairement du capital et des intérêts qui courent de plein droit en sa faveur, l'inscription prise pour la conservation des droits éventuels du Trésor comprend conséquemment la somme *capitale* et les *intérêts* (1).

1032. La seconde observation, c'est que notre solution, en ce qui concerne l'hypothèque légale des femmes, des mineurs et des interdits, doit se combiner maintenant avec les règles établies par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription. Déjà, avant cette loi, on disait que l'art. 2151 devient applicable dès que les créances garanties par cette hypothèque sont liquidées, parce que les intérêts alors sont exigibles comme le capital, et que la collusion est possible entre le créancier et le débiteur, au préjudice de ceux qui traiteraient ultérieurement avec ce dernier (2). Ceci n'est plus contestable maintenant en présence de l'article 8 de la loi de 1855, qui oblige la veuve, le mineur devenu majeur, l'interdit relevé de l'interdiction, leurs héritiers ou ayants cause, à rendre l'hypothèque publique par une inscription prise dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle (voy. *suprà,* n[os] 806 et suiv.). C'est par l'inscription alors que l'hypothèque est conservée; elle entre donc dans les termes de l'art. 2151. Par conséquent, le créancier qui aurait laissé s'arrérager les intérêts n'aurait droit de se faire colloquer, en vertu de l'inscription primitive, au rang hypothécaire du capital, que pour ceux de deux années et de l'année courante; il ne pourrait recouvrer hypothécairement les intérêts dus en sus qu'autant qu'il les aurait conservés par des inscriptions particulières (3).

V. — 1033. Terminons sur l'art. 2151 en faisant remarquer que le principe de limitation qu'il consacre peut être invoqué par tous les créanciers, même par les créanciers chirographaires. C'est un corollaire de l'opinion émise au n° 729, où l'on a vu que tous les tiers, quels qu'ils soient, peuvent opposer le défaut d'inscription ou les irrégularités dont l'inscription serait entachée. En effet, par cela même que les créanciers chirographaires peuvent contester utilement dans leur intérêt l'efficacité des hypothèques non inscrites ou inscrites irrégulièrement, ils peuvent s'opposer à ce que le créancier inscrit recouvre hypothécairement les intérêts de sa créance autres que les intérêts assurés de plein droit par l'inscription de cette créance, s'il n'a pas eu le soin de conserver par des inscriptions particulières les intérêts dus en sus.

La prétention contraire a cependant été portée devant la Cour de

---

(1) Voy. Rej., 12 mai 1829 (Dall., 29, 1, 245). — Voy. aussi MM. Dalloz (v° Hyp., p. 403, note 1); Blondeau (*loc. cit.*, p. 276).

(2) Voy. M. Blondeau (*loc. cit.*, p. 363 et suiv.).

(3) Agen, 14 janv. 1868 (*J. Pal.*, 1868, p. 810; S.-V., 68, 2, 187). — *Conf.* MM. Aubry et Rau (t. II, p. 857; 4e édit., t. III, p. 421). — Voy. cependant Metz, 26 août 1863 (*J. Pal.*, 1864, p. 32; S.-V., 63, 2, 251), et M. Troplong (*Transcr.*, n° 318).

cassation. On a soutenu que si l'art. 2151 n'accorde au créancier inscrit que deux années d'intérêts et l'année courante, c'est uniquement dans le cas où plusieurs créanciers ayant des hypothèques inscrites sur un immeuble se trouvent en concours sur la répartition du prix, et pour éviter qu'au moyen des intérêts indéfiniment accumulés les créanciers premiers inscrits puissent absorber le prix; mais que jamais il n'y a eu le moindre doute sur l'affectation de l'immeuble hypothéqué au payement intégral des intérêts lorsque le créancier est seul inscrit, et qu'il exerce son action soit contre le débiteur, soit contre un tiers détenteur; qu'alors, en effet, il n'y a pas de rang à conserver, et que, n'y ayant qu'une seule hypothèque, l'inscription primitive suffit sans inscription nouvelle pour tous les intérêts. — Mais la prétention a été justement rejetée. La loi, a dit la Cour de cassation, n'admet pas de condition intermédiaire entre les créanciers privilégiés ou hypothécaires et les créanciers chirographaires. Le régime de la publicité conduit à cette conséquence nécessaire que, dans le cas de non-inscription ou d'inscription nulle, les premiers descendent au rang des seconds *aussi bien pour les intérêts de leurs créances* que pour les capitaux non garantis ni conservés par l'inscription. Et alors on rentre de droit dans les termes des art. 2092 et 2093, d'après lesquels tous les créanciers du débiteur doivent venir en contribution sur le prix de ses biens (1).

2152. — Voy. *suprà*, nº 967.

2153. — *Le commentaire de cet article est réuni à celui de l'article 2148.* (Voy. nºs 929 et suiv.)

2154. — Les inscriptions conservent l'hypothèque et le privilége pendant dix années, à compter du jour de leur date; leur effet cesse, si ces inscriptions n'ont été renouvelées avant l'expiration de ce délai (2).

SOMMAIRE.

I. 1034. De la nécessité du renouvellement des inscriptions, et des motifs sur lesquels elle est fondée. — 1035. L'inscription non renouvelée dans le délai fixé par la loi cesse d'avoir son effet; mais le droit hypothécaire subsiste, s'il n'est pas lui-même atteint par la prescription. — 1036. Mais il est telles hypothèses où la perte du rang par la prescription de l'inscription équivaut à la perte du droit hypothécaire : exemples. — 1037. Transition et division.

II. 1038. L'art. 2154 accorde à l'inscription ou à ses effets une durée de dix années : justification de cette période. — 1038 *bis*. Toutefois, ce délai se trouve prorogé aujourd'hui par le fait des décrets des 9 septembre et 3 octobre 1870, par lesquels toutes prescriptions et péremptions en matière civile ont été suspendues pendant la durée de la guerre. — 1039. Le premier des deux jours termes n'est

---

(1) Rej., 15 avr. 1846 (*J. Pal.*, 1846, t. I, p. 647; S.-V., 46, 1, 818; Dall., 52, 1, 119). Voy. aussi MM. Aubry et Rau (t. II, p. 856 et note 10; 4ᵉ édit., t. III, p. 420, note 11).

(2) Le délai de la péremption a été notablement réduit pour l'inscription de l'hypothèque maritime : c'est une conséquence naturelle du caractère commercial des prêts sur navires. Aux termes de l'art. 11 de la loi du 10 déc. 1874, « l'inscription conserve l'hypothèque pendant trois ans, à compter du jour de sa date; son effet cesse si l'inscription n'a été renouvelée, avant l'expiration de ce délai, sur le registre tenu en douane, et mentionnée à nouveau sur l'acte de francisation dès le retour du navire au port où il est immatriculé. »

pas compris dans le délai; mais le second y est compris, — 1040. Quand même ce serait un jour férié.

III. 1041. La règle de l'art. 2154 est générale; mais les conséquences du défaut de renouvellement ne sont pas les mêmes dans tous les cas. — 1042. En ce qui concerne les hypothèques conventionnelles et judiciaires, le défaut de renouvellement fait cesser les effets de l'inscription. — 1043. Quant aux hypothèques légales, il faut distinguer. — 1044. S'agit-il des hypothèques légales sujettes à inscription, le renouvellement en est nécessaire, à peine de déchéance. — 1045. S'agit-il des hypothèques légales dispensées d'inscription, les personnes qui ont qualité pour inscrire doivent renouveler l'inscription; mais le défaut de renouvellement n'empêche pas l'hypothèque d'avoir son effet légal. — 1046. Combinaison de la règle avec les art. 8 et 11 de la loi du 23 mars 1855. — 1047. En ce qui concerne l'inscription des priviléges, le défaut de renouvellement fait dégénérer le privilége en hypothèque : conséquences. — 1048. Il en est de même à l'égard du privilége du Trésor sur les biens des comptables. — 1049. *Secùs* en ce qui concerne le privilége du vendeur.

IV. 1050. Le renouvellement peut être requis par ceux-là mêmes qui ont dû prendre inscription. — 1051. Mais il peut être requis sans production du titre, sur la simple production de bordereaux. — 1052. L'inscription en renouvellement peut ne pas contenir toutes les énonciations des art. 2148 et 2153. — 1053. Mais elle doit mentionner l'inscription renouvelée. Jurisprudence.

V. 1054. La nécessité du renouvellement subsiste tant que l'inscription primitive n'a pas produit son effet légal, quels que soient les changements survenus dans la situation du créancier ou du débiteur ou dans la condition de l'immeuble hypothéqué : des cas de faillite, de succession bénéficiaire, de saisie immobilière, etc. — 1055. Mais quand l'inscription a-t-elle produit son effet légal de telle sorte qu'il n'y ait plus lieu de la renouveler? Distinctions. — 1056. Dans le cas d'expropriation forcée, l'inscription a produit son effet au jour de l'adjudication. Controverse. — 1057. Toutefois, il faut supposer une adjudication suivie de payement; en cas d'infirmation du jugement ou de surenchère, la nécessité du renouvellement subsisterait jusqu'à l'adjudication nouvelle. — 1058. De même en cas de revente sur folle enchère. Controverse. — 1059. Du cas d'aliénation volontaire. — 1060. L'inscription n'a produit son effet qu'à l'expiration des quarante jours accordés aux créanciers pour surenchérir. — 1061. S'il survient une surenchère, c'est au jour de l'adjudication. — 1062. Si l'acquéreur ne procède pas aux formalités de la purge, l'inscription n'a produit son effet qu'à l'adjudication définitive ou à l'offre autorisée par l'art. 2173.

VI. 1063. Le renouvellement opéré dans les dix ans confère à l'hypothèque ou au privilége son effet légal pour une nouvelle période de dix ans. — 1064. Si le renouvellement a lieu avant l'expiration de la dixième année, cette nouvelle période commencera à la date même du renouvellement.

I. — 1034. La disposition de cet article, empruntée à l'art. 23 de la loi du 11 brumaire an 7, a été souvent l'objet de très-vives critiques. Et en effet, quand on envisage le privilége ou l'hypothèque dans sa nature de droit accessoire, on a peine à s'expliquer qu'une fois constitué à l'état de droit actif par l'inscription qui en manifeste l'existence au public, il ne se maintienne pas avec tous ses effets aussi longtemps que se maintient le droit principal auquel il est accessoirement attaché. Le législateur s'était même arrêté tout d'abord à cette pensée. Ainsi, lors de la discussion du Code, la section de législation avait proposé de dire que « les inscriptions conservent les priviléges et hypothèques, à compter du jour de leur date, *pendant tout le temps que durent l'obligation et l'action personnelle contre le débiteur, ou pendant tout celui que dure l'action hypothécaire contre le tiers détenteur, quand le bien chargé d'hypothèque est dans ses mains.* » (1) En 1849, dans les discussions que soulevait la réforme du régime hypothécaire, on disait, dans la

(1) Voy. Locré (t. XVI, p. 232); Fenet (t. XV, p. 340).

même pensée, que « l'hypothèque, considérée comme elle doit l'être, c'est-à-dire comme un droit accessoire qui suit le sort du principal, doit durer autant que le droit auquel elle est attachée, sans que le titulaire du droit soit en danger de le perdre à heure fixe, par un défaut de mémoire ou par la négligence d'un mandataire chargé du renouvellement » (1) ; et, conformément à cette idée, on proposait de dire, dans les premiers projets soumis à la discussion, « que les inscriptions n'ont pas besoin d'être renouvelées, et qu'elles conservent tout leur effet tant que le droit au privilége ou à l'hypothèque existe. » (2)

Mais, en y réfléchissant, on finit par reconnaître, en 1849 dans la discussion des projets de réforme, comme en 1804 dans la discussion du Code civil, que calculer la durée de l'inscription sur celle de l'obligation personnelle, ce serait aller contre la nécessité des choses, se heurter contre des impossibilités, et même nuire au débiteur et à la propriété. Bien que la plus longue prescription, disait-on à l'une et l'autre époque, doive être de trente ans, l'obligation personnelle peut durer cent ans et plus, si elle est suffisamment entretenue par des actes conservatoires. Sans cela même, la prescription de l'obligation personnelle peut ne s'accomplir que par un laps de temps supérieur à trente ans, s'il y a eu des minorités. Or, si l'on prend la durée de l'obligation personnelle pour mesure de celle de l'inscription, on embarrasse le système adopté, et l'on crée de véritables impossibilités ; car comment le conservateur pourra-t-il se reconnaître et se retrouver dans cette foule de registres qu'il sera tenu de consulter tous les jours et chaque fois qu'un certificat d'inscription lui sera demandé? La nécessité même des choses indique donc la nécessité de limiter la durée des inscriptions à un délai déterminé, et de les destituer de leurs effets si elles ne sont pas renouvelées avant l'expiration de ce délai (3). — D'un autre côté, on ajoutait, particulièrement dans les discussions de 1849, que, s'il peut y avoir quelques avantages pour les créanciers à n'être pas obligés à renouveler les inscriptions qu'ils auraient prises, il est certain néanmoins que la propriété et le débiteur lui-même gagnent à l'obligation du renouvellement. « C'est, disait-on, une manière économique de purger, par omission volontaire, un très-grand nombre d'inscriptions dont les causes n'existent plus et dont il faudrait obtenir la radiation, soit en vertu d'actes notariés, soit par des actions judiciaires. Le crédit foncier, élargissant ses bases, s'enrichit de toutes les charges immobilières dont le temps amène la suppression. La vérité se met d'elle-même à la place de la fiction. » (4)

---

(1) Voy. notamment le Rapport de M. Bethmont (p. 112) et le Rapport de M. Persil au nom de la commission instituée par le gouvernement (p. 140 et suiv.).

(2) Voy. l'art. 2170 du projet de la commission du gouvernement et l'art. 2171 du projet du conseil d'Etat.

(3) Voy. Locré (t. XVI, p. 217 et suiv.); Fenet (t. XV, p. 380). — Voy. aussi le Rapport de M. de Vatimesnil (p. 44).

(4) Ce sont les termes du premier Rapport présenté par M. Persil (p. 79), qui, plus tard, dut, au nom de la commission dont il était l'organe, conclure en sens inverse. (Voy. les notes qui précèdent.)

Telles furent les considérations qui, en ramenant les esprits au principe posé dans l'art. 23 de la loi du 11 brumaire an 7, firent décider que l'inscription continuerait à être limitée dans sa durée et cesserait d'avoir ses effets si elle n'était renouvelée avant l'expiration du délai déterminé. Ainsi dispose l'art. 2154.

1035. Mais prenons garde qu'il s'agit uniquement, dans la pensée de la loi, des effets de l'inscription et non pas du droit hypothécaire en lui-même. L'inscription non renouvelée dans le délai fixé par la loi cesse d'avoir son effet, ainsi que le dit l'art. 2154 ; elle est périmée, et désormais elle ne milite pas plus en faveur du créancier que si elle n'avait jamais eu d'existence : mais le droit hypothécaire subsiste s'il n'est pas lui-même atteint par la prescription, dans les termes de l'art. 2180, dont le commentaire va suivre; et, même après avoir laissé périmer l'inscription qu'il a prise, le créancier peut prendre une inscription nouvelle qui, comme la première, mais seulement à sa date, donnera son rang à l'hypothèque. Ainsi, je suis créancier hypothécaire de Paul dont les biens sont grevés également au profit de Pierre et de Joseph, qui sont inscrits après moi. Le délai fixé par la loi s'écoule, et je néglige de renouveler; mon inscription périmée reste sans effet, mais le droit hypothécaire subsiste. Je pourrai donc m'inscrire de nouveau sur les biens de Paul; seulement, je n'aurai plus de rang qu'à la date de mon inscription nouvelle, et Pierre et Joseph, que je primais d'abord, me primeront maintenant, parce que mon inscription primitive ayant cessé d'avoir ses effets par le défaut de renouvellement avant l'expiration du terme que la loi assignait à sa durée, les choses doivent se passer comme si je n'eusse été inscrit jamais qu'après eux.

En résumé, si le fond du droit reste intact nonobstant le défaut de renouvellement dans le délai, l'inscription non renouvelée est néanmoins périmée; elle cesse d'avoir ses effets, si bien que, d'après une jurisprudence constante, les conservateurs doivent s'abstenir de la porter dans leurs certificats d'inscription (1). (Voy. *infrà* l'art. 2196.)

1036. Notons seulement qu'il est telles hypothèses où la perte du rang par la péremption de l'inscription équivaut à la perte du droit hypothécaire.

Par exemple, j'ai une hypothèque inscrite sur un immeuble appartenant à Paul, mon débiteur; le délai fixé par la loi pour la durée des inscriptions expire, et je n'ai pas eu le soin de renouveler la mienne. Paul vend son immeuble à Pierre, qui fait transcrire son contrat : il est clair que ma situation n'est plus et ne peut plus être que celle d'un créancier chirographaire. D'une part, je n'ai plus le bénéfice de mon inscription primitive, puisqu'à défaut de renouvellement dans le délai voulu, cette inscription a cessé d'avoir ses effets. D'une autre part, le droit hypothécaire, désormais, est absolument négatif, car, comme je

---

(1) Voy. Paris, 21 janv. 1814; Rouen, 6 mars 1848 (*J. Pal.*, 1848, t. II, p. 539). — *Junge* : M. Duranton (t. XX, nos 174 et 433).

ne puis plus rendre son effet par le renouvellement à une inscription que la péremption a définitivement annihilée, il me faudrait, pour vivifier ce droit hypothécaire, prendre une inscription contre Paul, mon débiteur. Or c'est Pierre qui est propriétaire aujourd'hui, et je ne peux plus m'inscrire contre le précédent propriétaire, la transcription du contrat de Pierre ayant arrêté le cours des inscriptions (loi du 23 mars 1855, art. 6).

Le même effet se produit si, au lieu de supposer l'aliénation de l'immeuble grevé, nous supposons que, lorsque l'inscription du créancier est déjà frappée de péremption faute d'avoir été renouvelée avant l'expiration du délai fixé par la loi, le débiteur vienne à être déclaré en état de faillite, ou qu'il meure, et que sa succession soit acceptée par bénéfice d'inventaire. Comme on ne peut pas s'inscrire utilement, ainsi qu'on l'a vu par notre commentaire de l'art. 2146 (*suprà*, n°s 869 et suiv.), sur les biens d'un débiteur après la déclaration de sa faillite (n°s 887 et suiv.), ou après l'ouverture de sa succession si elle est acceptée sous bénéfice d'inventaire (voy. n°s 922 et suiv.), il arrive ici, comme dans l'hypothèse précédente, que le créancier privé de son rang par l'effet de la péremption qu'il a laissée s'accomplir sans conserver son inscription primitive, se trouve en même temps empêché de vivifier le droit hypothécaire par l'obstacle légal qui, dans ces cas exceptionnels, s'oppose à ce qu'il prenne une nouvelle inscription.

1037. Ceci dit en thèse générale, sur la nécessité du renouvellement des inscriptions, sur ses motifs et sur les conséquences du défaut de renouvellement, nous avons à nous occuper successivement : 1° du délai dans lequel les inscriptions hypothécaires doivent être renouvelées, et du mode de supputer ce délai; 2° des inscriptions qui sont sujettes au renouvellement; 3° du mode suivant lequel il doit être opéré; 4° du moment où l'inscription peut être considérée comme ayant produit son effet légal, de telle sorte qu'il n'y ait plus à la renouveler; et 5° de l'effet du renouvellement.

II. — 1038. L'art. 2154 accorde à l'inscription ou à ses effets une durée de dix années : c'était la durée même qui lui était assignée par l'art. 23 de la loi du 11 brumaire an 7. On s'est récrié souvent contre ce délai, en ce que, à raison de sa brièveté même, il est susceptible de multiplier les déchéances (1). En Belgique, ces critiques n'ont pas été faites en vain : la loi du 16 décembre 1851 a porté le délai à quinze ans (2); encore même n'est-ce que par suite d'un amendement, car la commission par laquelle la loi avait été préparée avait étendu le délai jusqu'à vingt années. Et en France, dans les discussions de 1849 à 1851, lorsqu'on eut abandonné la pensée des premiers projets (*suprà*, n° 1034), on proposa de déclarer que « les inscriptions conserveraient

---

(1) Voy. notamment M. Troplong dans sa préface du Commentaire des Priviléges et des Hypothèques (5e édit., p. LI).

(2) Voy. l'art. 90 de cette loi dans les Commentaires de MM. Martou (t. III, p. 205) et Delebecque (p. 334).

le privilége et l'hypothèque *pendant trente ans*, à compter du jour de leur date; et que leur effet cesserait si elles n'avaient été renouvelées avant l'expiration de ce délai. » (1)

Nous attachons, pour notre part, peu d'importance à ces appréciations diverses, qui, toutes, sont nécessairement arbitraires. Mais disons que la nécessité de prendre un terme fixe pour la durée de l'inscription étant admise, il n'y a pas de motif pour rejeter la période décennale : tout au contraire. Le public y est fait par un long usage, puisque c'est la règle depuis la loi du 11 brumaire an 7. En second lieu, le créancier auquel la loi accorde un délai de dix ans pour faire le renouvellement ne peut pas raisonnablement s'excuser sur la brièveté du délai s'il s'expose à la déchéance. Enfin, quand le terme de dix ans paraît suffisant pour éteindre les actions en nullité ou en rescision, pour fonder le droit du possesseur d'un immeuble avec titre et bonne foi contre le propriétaire dépossédé, etc., il n'y a rien de trop rigoureux à renfermer dans ce même terme la péremption des inscriptions hypothécaires.

1038 *bis*. Il convient toutefois de mentionner le tempérament notable introduit, pendant la dernière guerre, en faveur des créanciers dont l'inscription était alors en cours de délai. Un décret du 9 septembre 1870 du gouvernement de la défense nationale avait disposé que « toutes prescriptions et péremptions en matière civile, tous délais impartis pour attaquer ou signifier les décisions des tribunaux judiciaires ou administratifs étaient suspendus pendant la durée de la guerre : « 1° Au profit de ceux qui résidaient dans un département investi ou occupé par l'ennemi, alors même que l'occupation ne s'étendrait pas à tout le département; 2° au profit de ceux dont l'action devait être exercée dans ce même département contre des personnes qui y résidaient. » (Art. 1er.) A la date du 3 octobre suivant, le gouvernement de la défense nationale, étendant et complétant les dispositions de ce décret, en a rendu un second aux termes duquel « la suspension des prescriptions et péremptions en matière civile, pendant la durée de la guerre, » était déclarée « s'appliquer aux inscriptions hypothécaires, à leur renouvellement, aux transcriptions, et généralement à tous les actes qui, d'après la loi, doivent être accomplis dans un délai déterminé. » (Art. 1er.)

Le délai de dix ans accordé pour le renouvellement des inscriptions a donc cessé de courir par l'effet de cette suspension. A partir de quelle date? C'est une première difficulté. Le décret du 3 octobre a été inséré au *Journal officiel* de Paris le lendemain 4. Mais Paris était alors investi, et c'est seulement le 10 janvier 1871 que le décret a été inséré au *Moniteur universel*, qui alors était imprimé à Bordeaux, et qui, aux termes d'un décret de la délégation du gouvernement, du 11 novembre 1870, remplaçait le *Journal officiel* dans les départements. La Cour de Caen a conclu de là que la promulgation du décret du 3 octobre 1870, faite dans l'*Officiel* de Paris le lendemain, n'avait d'effet et de valeur que pour

---

(1) Voy. l'art. 2150 du projet préparé pour la troisième délibération, et le Rapport de M. de Vatimesnil (p. 44).

le département de la Seine, et par suite que le créancier hypothécaire qui, ne se trouvant pas dans les conditions prévues, avait laissé écouler, avant le 10 janvier 1871, date de l'insertion du décret du 3 octobre au *Moniteur universel*, le délai de dix ans accordé par la loi pour le renouvellement de son inscription, ne pouvait invoquer ce dernier décret pour être relevé de la déchéance (1). Toutefois la jurisprudence de la Cour de cassation est contraire. Il en résulte que les décrets du 9 septembre 1870 et 3 octobre suivant ont eu pour effet de produire la suspension, non-seulement à compter de leur promulgation successive dans chaque département, mais pour tout le territoire à partir du jour de la déclaration de la guerre (2). C'est la solution qu'il faut préférer ; et dès lors on doit admettre que la suspension du délai de dix ans a eu son point de départ, pour toutes les inscriptions en cours de délai, au 15 juillet 1870, date du jour de la déclaration de la guerre.

Mais quelle a été la durée de la suspension, et à quel moment la péremption momentanément suspendue a-t-elle repris son cours ? Ce point a été réglé par la loi du 26 mai 1871. Aux termes de l'art. 2, « toutes péremptions et forclusions en matière d'inscriptions hypothécaires et de transcriptions suspendues par la disposition générale de l'art. 1er du décret du 9 septembre 1870 et par la disposition expresse de l'art. 1er du décret du 3 octobre suivant, recommenceront à courir le onzième jour après la promulgation de la présente loi. » L'art. 4 ajoute : « Les dispositions ci-dessus prescrites ne seront applicables au département de la Seine que le onzième jour après qu'un avis du ministre de la justice, inséré au *Journal officiel*, aura annoncé le rétablissement du cours de la justice dans ce département. » Or, la loi a été promulguée le 1er juin 1871, et l'avis dont il est question à l'art. 4 a été inséré, le 8 du même mois, au *Journal officiel*. La péremption, suspendue à partir du 15 juillet 1870, a donc repris son cours le 18 juin 1871 pour le département de la Seine, et pour les autres départements le 11 du même mois ; en sorte qu'il y a, pour ces derniers départements, onze mois moins quatre jours, et pour le département de la Seine onze mois et trois jours, dont il ne faut pas tenir compte dans le calcul du délai de dix ans pendant lequel les inscriptions conservent l'hypothèque, et qu'il faut par conséquent ajouter à ce délai. Ainsi, Paul créancier de Pierre a, sur la maison de son débiteur sise à Paris, une hypothèque qu'il a inscrite le 1er août 1860. Dans les termes de l'art. 2154 du Code civil, l'inscription devait être renouvelée au plus tard le 1er août 1870, à peine de déchéance. Mais ce délai de dix ans ayant cessé de courir le 15 juillet 1870 et n'ayant repris son cours que onze mois et trois jours plus tard, c'est-à-dire le 18 juin 1871, il s'ensuit que le renouvellement de l'inscription a pu être utilement fait jusqu'au 4 juillet 1871. Telle est la solution de la loi (3).

---

(1) Caen, 24 juill. 1873 (*J. Pal.*, 1874, p. 722 ; S.-V., 74, 2, 164).
(2) Cass., 26 juin 1872 (S.-V., 72, 1, 282 ; *J. Pal.*. 1872, p. 200 ; Dall., 72, 1, 259). Voy. aussi Cass., 28 avr. 1874 (Dall., 74, 1, 287).
(3) Rej., 20 avr. 1875 (S.-V., 75, 1, 304 ; *J. Pal.*, 1875, p. 731).

Dans cette hypothèse, cette solution est sans difficulté, la durée légale du délai de la péremption étant supposée expirer pendant l'état de guerre, cause de la suspension. On pourrait concevoir quelques doutes s'il en était autrement, et, par exemple, si l'hypothèque ayant été inscrite pour ainsi dire à la veille de la déclaration de la guerre, le délai de la péremption ne venait à terme que longtemps après le rétablissement de la paix et quand le créancier aurait eu devant lui de longues années pour opérer le renouvellement de l'inscription. Ainsi, mon hypothèque a été inscrite le 1er juillet 1870, par exemple; à partir du 15 juillet, la péremption a été suspendue sans doute; mais elle a repris son cours le 18 juin 1871, et jusqu'au 1er juillet 1880, terme de la durée légale du délai de la péremption, j'aurai eu plus de neuf ans pour renouveler l'inscription. « Ne serait-ce pas ridicule, pourrait-on dire avec M. Troplong, que je voulusse couvrir ma négligence à agir dans ce délai en demandant de ne pas compter les onze mois de guerre dans le calcul de dix ans? Quelle force majeure m'a donc paralysé les mains, puisque, pendant neuf ans, j'ai pu réparer cet obstacle d'un moment? » (1) Cependant la loi est générale; elle a fait de l'état de guerre, qui a duré onze mois, une cause de suspension de la péremption des inscriptions hypothécaires; il n'y a donc pas de distinction possible, et, dans tous les cas, il faut faire entrer ces onze mois en ligne de compte dans le calcul des dix ans de la durée légale des inscriptions (2).

1039. Mais comment le délai doit-il être supputé? Par exemple, mon inscription a été prise le 1er août 1871 : quel sera le dernier jour utile pour le renouvellement? Il s'est formé là-dessus trois opinions différentes. — La première, et la plus rigoureuse, fait entrer dans le calcul et le jour où l'inscription a été prise et celui de l'expiration du délai, le *dies à quo* et le *dies ad quem* : suivant cette opinion, mon inscription, dans l'espèce, cessera d'avoir son effet le 31 juillet 1880, et j'aurai perdu le rang hypothécaire assigné à ma créance si ce jour-là mon inscription ne se trouve pas renouvelée (3). — La seconde opinion, et la plus favorable au créancier inscrit, ne fait entrer dans le calcul du délai aucun des jours termes, ni le *dies à quo,* ni le *dies ad quem :* ainsi, dans ce système, mon inscription sera utilement renouvelée, même le 2 août 1881 (4). — Enfin, suivant la troisième opinion, on ne fait pas entrer dans le calcul le jour où l'inscription a été prise, mais on y compte le jour de l'expiration du délai, en ce sens que c'est le dernier jour utile et que le renouvellement ne pourrait pas être fait utilement le lendemain : ainsi, dans ce système, mon inscription pourra être renouvelée

(1) Voy. M. Troplong (*De la Prescription,* nº 728).
(2) Voy. Toulouse, 15 mai 1875 (*J. Pal.*, 1875, p. 580; S.-V., 75, 2, 140); Req., 17 août 1874 (*J. Pal.*, 1875, p. 33).
(3) Voy. MM. Merlin (*Quest.*, vº Délai, nº 4 *bis; Rép.*, vº Inscript., § 8 *bis*); Duranton (t. XX, nº 160). — Voy. aussi Colmar, 30 juill. 1813; Toulouse, 2 janv. 1841 (Dall., 42, 2, 114; S.-V., 41, 2, 465).
(4) Voy. MM. Delvincourt (t. III, p. 353); Persil (art. 2154, nº 8); Taulier (t. VII, p. 352). — Voy. aussi Paris, 21 mai 1814.

le 1er août 1881, et elle ne sera périmée que si cette journée du 1er août 1881 s'écoule sans que j'aie fait mon inscription de renouvellement (1).

Si l'art. 2154 avait dit que les inscriptions seront renouvelées *dans les dix années de leur date,* comme l'art. 2109 a dit du privilége des copartageants qu'il devra être inscrit *dans soixante jours à dater de l'acte de partage ou de l'adjudication par licitation,* nous inclinerions vers la première solution : et en effet, nous avons présenté comme pouvant être admise la solution qui fait entrer les deux jours termes dans les soixante jours dont parle ce dernier article (voy. *suprà,* n° 293). Mais l'art. 2154 dit que les inscriptions conservent l'hypothèque et le privilége pendant dix années, *à compter de leur date;* et cette formule même annonce que le législateur s'est rattaché à la règle générale d'après laquelle le premier des deux jours termes (le jour *à quo*) *non computatur in termino.* Quant au jour *ad quem,* il est conforme aussi aux principes généraux sur la supputation des délais de le comprendre dans le terme toutes les fois qu'une disposition expresse n'en a pas autrement décidé (voy. C. proc., art. 1033). Or cette disposition manque ici. C'est donc à la dernière des solutions indiquées qu'il faut se rattacher.

1040. Et la solution doit être suivie quand même le délai viendrait à expirer un jour férié. Le contraire a été soutenu par plusieurs auteurs, d'après lesquels l'inscription, dans l'hypothèse, serait utilement renouvelée le lendemain de l'expiration du délai (2). Mais la Cour de Riom a décidé, avec une exactitude parfaite, qu'il importe peu que le jour où les dix ans prennent fin soit un jour férié, parce qu'il dépendait du créancier de renouveler son inscription avant l'expiration, et que les termes de l'art. 2154 limitant à dix ans l'effet de l'inscription, il n'appartient pas aux tribunaux de prolonger ce délai en interprétant des dispositions qui ne présentent aucune ambiguïté (3).

III. — 1041. La règle posée par cet article est établie d'une manière générale; c'est dire qu'en principe toutes inscriptions sont sujettes au renouvellement, sans qu'il y ait à distinguer entre les inscriptions des priviléges et celles des hypothèques, ni entre les inscriptions que les parties prennent par elles-mêmes ou par des mandataires et celles qui sont faites d'office par le conservateur (4). Mais quelles sont

---

(1) Voy. Bruxelles, 20 févr. 1811, 26 juin 1813, 19 oct. 1815, 5 juin 1817; Caen, 19 févr. 1825; Rej., 5 avr. 1825; Paris, 6 août 1868 (*J. Pal.*, 1869, p. 99; S.-V., 69, 2, 13). — Voy. aussi MM. Grenier (t. I, n° 107); Zachariæ (t. II, p. 181, note 5); Troplong (n° 714); Martou (n° 1141).

(2) Voy. MM. Grenier (t. I, n° 107); Persil (art. 2154, n° 8).

(3) Voy. Riom, 8 avr. 1843 (*J. Pal.*, 1844, t. I, p. 385). Voy. aussi Bordeaux, 24 juin 1826. — *Junge:* MM. Toullier (t. XIII, n° 55); Duranton (t. XX, n° 621); Vazeille (*De la Prescr.*, nos 334 et 335); Troplong (*loc. cit.*); Martou (*loc. cit.*).

(4) Néanmoins, les inscriptions prises au profit des sociétés de crédit foncier sont, aux termes du décret du 28 févr. 1852, art. 47, dispensées du renouvellement pendant toute la durée du prêt. C'est pourquoi l'administration a prescrit aux conservateurs, en vue d'éviter les erreurs, d'annoter d'un signe particulier, sur le répertoire, les inscriptions prises à la requête du Crédit foncier (Instr. de la régie, n° 2210, § 1 : Dall., 62, 3, 40).

les conséquences du défaut de renouvellement? Il y a, sous ce rapport, des différences notables que nous allons signaler en nous occupant successivement des *hypothèques* et des *priviléges*.

1042. Et d'abord, la question ne présente aucune difficulté lorsqu'il s'agit d'inscriptions ayant pour objet de donner la vie à des hypothèques conventionnelles ou judiciaires. La nécessité du renouvellement avant l'expiration du délai de dix ans n'est pas douteuse; et, de même, l'on ne saurait hésiter sur les conséquences du défaut de renouvellement : ces conséquences sont indiquées plus haut (voy. nº 1035) par forme d'observation générale. Ainsi, l'inscription non renouvelée est comme si elle n'avait pas été faite; ses effets cessent, suivant l'expression de l'art. 2154, et le créancier, déchu désormais de toutes les prérogatives que l'inscription avait conférées à sa créance, est dans la position du créancier simplement chirographaire; il n'a d'autre ressource, pour reprendre vis-à-vis des tiers la situation de créancier hypothécaire, que celle de requérir une inscription nouvelle dont la date fixera le rang.

1043. Mais, s'il s'agit d'inscriptions relatives à des hypothèques légales, que décidera-t-on? La question avait suscité, lors de la publication du Code, quelques doutes qui ont été levés par un Avis du conseil d'État, du 15 décembre 1807 (approuvé le 22 janvier 1808), dont nous avons eu déjà à nous occuper (voy. *suprà*, nºs 274 et 805).

La difficulté naissait du rapprochement de notre article et de l'art. 23 de la loi du 11 brumaire an 7. Ce dernier article, après avoir posé en principe la nécessité du renouvellement, formulait deux exceptions qui portaient précisément sur l'inscription des hypothèques légales : la première en faveur des inscriptions prises sur les comptables et leurs cautions (c'est-à-dire les inscriptions pour les créances du Trésor et pour celles des mineurs et des interdits) *lesquelles,* était-il dit, *auront leur effet jusqu'à l'apurement définitif des comptes et six mois au delà;* la deuxième, en faveur des inscriptions sur les biens des époux pour leurs droits et conventions, *lesquels,* disait la loi, *dureront pendant tout le temps du mariage et une année après*. De ce que ces exceptions n'ont pas été retracées par le Code, s'ensuit-il que les inscriptions en faveur desquelles elles étaient établies par la loi de brumaire soient désormais soumises à la règle du renouvellement, ou du moins que cette règle leur soit applicable sous cette sanction de la déchéance par laquelle le législateur avise à ce que la formalité du renouvellement ne soit pas négligée? C'est la question qui s'est posée tout d'abord et que l'Avis précité du conseil d'État a résolue par une distinction.

1044. S'agit-il de l'hypothèque légale du Trésor, l'inscription en est soumise à la règle du renouvellement d'une manière absolue et sous la sanction de la déchéance. « Il est constant, dit l'Avis précité, que les créances du Trésor public n'ont pas été affranchies de la formalité de l'inscription par le Code Napoléon. L'art. 2135 ne donne ce privilége qu'aux mineurs, aux interdits et aux femmes : l'administration, qui a partout des agents que l'on doit supposer plus actifs et plus éclairés que

le commun des citoyens, peut, sans contredit, faire renouveler les inscriptions qu'elle a dû prendre. Et l'on sent, d'ailleurs, que les inconvénients sans nombre qui ont empêché de donner aux inscriptions un effet indéfini se trouveraient tous dans une disposition qui affranchirait celles prises sur les comptables de la nécessité du renouvellement avant l'expiration du terme de dix ans, généralement fixé pour toutes les inscriptions. » (1) Ce que l'Avis dit ici des créances du Trésor public, on peut le dire également de celles des communes et des établissements publics. Il faut donc conclure que l'inscription prise pour sûreté de toutes ces créances, bien qu'elle ait pour objet de donner la vie à une hypothèque *légale,* doit être renouvelée, comme si elle tendait à vivifier une hypothèque conventionnelle ou judiciaire, et qu'à défaut de renouvellement, le Trésor public, les communes et les établissements sont placés dans la même position que si aucune inscription n'eût été prise jamais en leur nom.

1045. S'agit-il de l'hypothèque légale des mineurs, des interdits ou des femmes mariées, il n'en est plus de même. Il y a ici à distinguer entre la règle qui prescrit de renouveler l'inscription avant l'expiration du terme de dix ans et les conséquences du défaut de renouvellement.

Nous savons qu'en affranchissant les droits des mineurs, des interdits et des femmes mariées de la nécessité d'une inscription pour l'existence de leurs hypothèques, la loi prend cependant des mesures pour que ces droits soient rendus publics et pour que ceux qui traitent avec les maris et les tuteurs ne soient pas victimes d'une clandestinité que proscrit notre régime hypothécaire. Dans cette pensée, le législateur, par l'article 2136, oblige les tuteurs et les maris à rendre publiques les hypothèques dont leurs biens sont grevés à raison du mariage ou de la tutelle, et leur ordonne d'en requérir eux-mêmes l'inscription sur leurs propres biens, sous peine d'être réputés stellionataires, et, comme tels, contraignables par corps (voy. *suprà* le commentaire de cet article, nos 838 et suiv.). Ceci posé, rien n'empêchait de soumetre cette inscription à la règle du renouvellement ; et, en effet, l'Avis précité du conseil d'État exprime « qu'il est hors de doute que les maris et les tuteurs sont tenus, sous les peines portées en l'art. 2136, de renouveler, avant l'expiration du délai de dix ans, les inscriptions des hypothèques dont leurs biens peuvent encore être chargés; et que le motif qui leur a fait ordonner d'inscrire leur prescrit aussi de renouveler l'inscription toutes les fois que leurs biens continuent d'être grevés à raison du mariage ou de la tutelle. »

Maintenant, l'hypothèque cessera-t-elle d'avoir son effet légal, parce que l'inscription une fois prise n'aura pas été renouvelée avant l'expiration de dix ans? Dans les principes du Code civil, la négative est d'une évidence palpable; et le texte de l'Avis précité n'y contredit en aucune façon. Il est clair que la formalité du renouvellement peut être négligée sans nuire aux effets de l'hypothèque et sans en compromettre les pré-

---

(1) Voy. le texte de l'Avis dans le Recueil de M. Locré (t. XVI, p. 464 et suiv.).

rogatives, par la même raison que l'inscription elle-même peut n'être pas faite sans enlever aux droits de la femme, du mineur ou de l'interdit, même vis-à-vis des tiers, la sûreté de l'hypothèque : aussi l'Avis précité, tout en constatant la nécessité du renouvellement, se borne-t-il à placer l'obligation *sous la sanction des peines portées en l'art.* 2136. C'est donc à dire que si l'inexécution de l'obligation engage la responsabilité des tuteurs et des maris qu'elle peut faire déclarer stellionataires, ce qui, avant la loi du 22 juillet 1867, entraînait la contrainte par corps, elle laisse du moins entiers les droits des femmes, des interdits et des mineurs.

Nous ne croyons donc pas que l'on puisse dire, en thèse générale, avec la Cour de Nancy, que l'inscription des hypothèques légales exigée comme formalité préalable à l'exercice de l'action hypothécaire est susceptible de péremption, de même que l'inscription des hypothèques ordinaires, à défaut de renouvellement dans les dix ans, tant que l'hypothèque n'a pas produit son effet (1) ; et nous considérons comme rentrant mieux dans la vérité des principes un arrêt plus récent de la Cour de Grenoble, duquel il résulte que l'inscription de l'hypothèque légale de la femme, prise à la suite des significations à fin de purge faites par l'acquéreur des biens du mari, n'est pas soumise à la formalité du renouvellement dans les dix ans de sa date, cette inscription frappant l'immeuble vendu jusqu'à ce qu'elle ait produit son effet (2).

1046. Mais rappelons que ceci doit se combiner avec les dispositions de la loi du 23 mars 1855, qui, renfermant dans une juste mesure la faveur exceptionnelle dont jouit l'hypothèque légale de la femme mariée, du mineur et de l'interdit, accorde à la *veuve,* au mineur *devenu majeur,* à l'interdit *relevé de l'interdiction,* un délai pour prendre l'inscription prescrite par la loi commune, et dispose que l'hypothèque, si elle n'est inscrite dans le délai déterminé, ne date que du jour des inscriptions prises ultérieurement (art. 8 et 11, § 5). Ainsi, dès que la femme, le mineur et l'interdit acquièrent ou reprennent leur indépendance ou leur capacité civile par la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, l'hypothèque qui garantit leurs créances rentre dans la loi commune de la publicité (voy. *suprà,* nos 806 et suiv.) ; et, par cela même, l'inscription de cette hypothèque est soumise à la règle du renouvellement dans les mêmes termes et sous les mêmes conditions que l'inscription des hypothèques ordinaires, c'est-à-dire sous la sanction de la déchéance (3).

1047. Passons à l'inscription des priviléges. La règle du renouvellement ne présente pas de difficulté en ce qui concerne les priviléges qui

---

(1) Nancy, 28 juill. 1853 (S.-V., 53, 2, 574 ; Dall., 55, 2, 355 ; *J. Pal.*, 1854, t. II, p. 287).

(2) Voy. Grenoble, 8 août 1857 (Dall., 58, 2, 9 ; *J. Pal.*, 1858, p. 627 ; S.-V., 57, 2, 479). — Voy. encore Req., 1er déc. 1824 et 14 juin 1831 ; Rej., 21 août 1833 et 22 févr. 1841 (Dall., 27, 1, 480 ; 41, 1, 128 ; S.-V., 31, 1, 337 ; 33, 1, 612).

(3) Aix, 10 janv. 1861 (S.-V., 61, 2, 177 ; *J. Pal.*, 1861, p. 706). Voy. aussi MM. Aubry et Rau (t. II, p. 815 ; 4e édit., t. III, p. 373). *Comp.* Paris, 30 nov. 1861 ; *J. Pal.*, 1862, p. 754).

doivent être rendus publics au moyen d'une *inscription* à prendre, à la diligence du créancier lui-même, dans un délai déterminé par la loi (*suprà*, n° 249). Il est évident, par le texte de l'art. 2154, que cette inscription est sujette au renouvellement comme celle des hypothèques : et il est évident également que, faute par le créancier de faire le renouvellement avant l'expiration du délai de dix ans, son privilége dégénère en hypothèque, par application de l'art. 2113 ci-dessus commenté (voy. n°s 307 et 308); c'est-à-dire que la péremption de l'inscription laisse au créancier la faculté de prendre une inscription nouvelle, laquelle, au lieu de rétroagir à la naissance du privilége, comme si elle eût été faite en temps utile pour le renouvellement de la première inscription, ne donne rang à la créance qu'à la date même du jour où elle est prise.

1048. La difficulté en doctrine et en jurisprudence porte sur les inscriptions à faire d'office par le conservateur. Encore même faut-il écarter celle qui est ordonnée par l'art. 7 de la loi du 5 septembre 1807, laquelle a pour objet la conservation du privilége et aussi de l'hypothèque légale attribuée par cette loi au Trésor sur les biens des comptables. « Il est facile à l'administration, comme l'exprime l'Avis précité du conseil d'État, de tenir un registre et de faire renouveler ces inscriptions dans les délais prescrits ; il n'y a ici aucun motif d'exception à la règle générale. »

1049. Mais en ce qui concerne l'inscription que le conservateur doit, aux termes de l'art. 2108, faire d'office sur son registre de la créance résultant, tant en faveur du vendeur qu'en faveur du prêteur, de l'acte translatif de propriété (*suprà*, n° 274), la difficulté a été et reste encore des plus sérieuses. Nous l'avons discutée plus haut (voy. n° 274); et nous avons démontré que si l'Avis précité du conseil d'État déclare que cette inscription doit aussi être renouvelée avant l'expiration du délai de dix ans, son objet principal en ce point, et peut-être son objet unique, a été de faire cesser le doute qui s'était élevé sur la question de savoir si le renouvellement devrait être fait, comme l'inscription elle-même, par le conservateur sans réquisition du vendeur, mais que l'Avis du conseil d'État n'a pas fait de cette inscription et de son renouvellement une condition nécessaire à la conservation du privilége, parce qu'en cela il aurait changé du tout au tout la portée de la loi d'apres laquelle l'*inscription* prise d'office par le conservateur est une formalité absolument étrangère au vendeur dont le privilége est conservé, avec ou sans elle, par le seul effet de la transcription du contrat de vente (1).

Sans insister davantage sur ces points, voyons comment et en quelle forme les inscriptions doivent être renouvelées.

IV. — 1050. Le renouvellement est requis par ceux-là mêmes qui ont dû requérir l'inscription, c'est-à-dire par le créancier lui-même, par ses mandataires légaux ou conventionnels, ou par ses successeurs :

(1) Voy. les autorités citées *suprà*, n° 274. — *Junge :* Alger, 17 mai 1865 ; Pau, 17 mai 1875 (S.-V., 65, 2, 187 ; 75, 2, 332 ; *J. Pal.*, 1865, p. 818 ; 1875, p. 1254), arrêts contraires à notre solution.

nous n'avons rien à ajouter, sous ce rapport, aux développements présentés plus haut (nos 930 et suiv.).

1051. Mais le créancier, ou celui qui en son nom ou pour lui requiert le renouvellement, n'a pas besoin, comme lorsqu'il requiert l'inscription, de produire son titre au conservateur. Même lorsqu'il s'agit de l'inscription de l'hypothèque, la production du titre n'est pas une condition nécessaire à la validité de l'inscription; seulement, le conservateur peut se refuser à porter l'inscription sur ses registres si le titre ne lui est pas représenté (voy. *suprà*, n° 940). Quand il s'agit du renouvellement, c'est plus encore : le conservateur ne pourrait même pas se refuser à opérer le renouvellement, par le motif que le titre ne serait pas produit. La raison en est simple : la production du titre a pour objet unique d'éclairer le conservateur sur l'existence apparente du privilége ou de l'hypothèque dont l'inscription est requise. Or, quand il s'agit, non pas d'inscrire, mais de renouveler une inscription préexistante, le conservateur est suffisamment édifié; il ne peut plus douter que la réquisition à fin de renouvellement ne soit fondée sur un titre, et il n'a plus aucun motif pour en exiger la représentation. Le contraire avait été jugé par la Cour de Colmar; mais la décision a été justement cassée (1).

1052. L'inscription prise en renouvellement pourra donc être opérée, sans production du titre, sur la simple production de bordereaux (2). Maintenant, quelles sont les énonciations à faire dans les bordereaux, et, par conséquent, dans l'inscription faite en renouvellement? D'après quelques auteurs, ce sont les énonciations qu'exigent les art. 2148 et 2153 pour l'inscription originaire elle-même, suivant qu'il s'agit de priviléges ou d'hypothèques judiciaires et conventionnelles ou d'hypothèques légales (3). On dit même qu'en cas d'omission il y aurait nullité, si toutefois l'omission portait sur l'une des formalités indiquées plus haut (nos 956 et suiv.), comme nécessaires ou substantielles (4). La Cour de cassation est allée jusqu'à décider que l'inscription prise en renouvellement doit, à peine de nullité, comme l'inscription originaire, énoncer la nature du titre constitutif de la créance (5). Sans nous ar-

---

(1) Voy. Cass., 14 avr. 1817. Voy. aussi Paris, 27 déc. 1831 (S.-V., 1832, 2, 49). — Voy. cependant Nîmes, 13 juill. 1808, et Montpellier, 22 août 1810. — L'administration de l'enregistrement paraît avoir varié aussi sur la question : il résulte, en effet, d'une première instruction en date du 11 sept. 1806, que cette administration aurait d'abord pensé que le renouvellement d'inscription doit s'opérer avec les mêmes formalités que l'inscription elle-même, et notamment que le créancier est tenu de représenter son titre. Mais elle est revenue sur ce point dans une instruction ultérieure en date du 2 avr. 1834 (S.-V., 34, 2, 373). Voy. aussi, en ce sens, MM. Merlin (*Rép.*, v° Inscript. hyp., § 8 *bis*, n° 15); Troplong (n° 715); Martou (n° 1146).

(2) Il est admis par l'administration que le bordereau d'une inscription hypothécaire prise en renouvellement peut, sans contravention à la loi du timbre, être inscrite en marge ou à la suite de l'expédition du titre, quoique cette expédition contienne déjà le bordereau de l'inscription primitive. Solution du 12 juin 1863 (S.-V., 64, 2, 312). Voy. aussi M. Garnier (*Rép. de l'enreg.*, n° 390, 1°).

(3) Voy. MM. Duranton (t XX, n° 169); Persil (art. 2154, n° 11).

(4) Voy. MM. Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p 502); Martou (1146).

(5) Rej., 14 janv. 1818. *Junge*: Req , 4 avr. 1849 (S.-V., 49, 1, 512; *J. Pal.*, 1849, t. I, p. 643).— Voy. aussi MM. Merlin (*Rép.*, v° Inscript. hyp., § 8 *bis*, n° 12); Grenier

rêter à cette dernière application, que nous ne saurions admettre, puisque en principe, et même quand il s'agit de l'inscription originaire, l'indication de la nature et de la date du titre ne nous a pas paru une formalité substantielle et nécessaire (voy. 984), nous dirons qu'en elle-même la règle posée par les auteurs auxquels nous faisons allusion est par trop absolue. L'art. 2154 ne dit rien en ce qui concerne les énonciations de l'inscription prise en renouvellement; et la raison en est simple : il suppose que, par cela même qu'elle est prise en renouvellement, l'inscription se référera à celle qu'elle a pour objet de conserver et de continuer. Or, si elle s'y réfère, si elle l'indique d'une manière précise, si les tiers, en la consultant, ne peuvent pas s'empêcher de reconnaître qu'elle n'est qu'une inscription continuée, le vœu de la loi est rempli, et il importe peu que l'inscription nouvelle ne contienne pas les énonciations exigées pour l'inscription originaire, puisque alors elle se confond avec celle-ci, que nous supposons régulière, et qui, dès lors, satisfait suffisamment à l'intérêt de la publicité (1). — D'après cela, la solution proposée ne saurait être admise que dans le cas où l'inscription prise en renouvellement ne se référerait pas à l'inscription originaire. Alors, en effet, les tiers ne peuvent consulter que l'inscription nouvelle; il faut donc qu'elle contienne tous les éléments constitutifs de la publicité hypothécaire.

1053. Ajoutons maintenant que, dans ce dernier cas, l'inscription, quoique prise en renouvellement, ne vaudrait, au point de vue du rang hypothécaire, que comme inscription première. Il faut, en effet, pour que l'inscription requise dans les termes de l'art. 2154 conserve à l'hypothèque le rang qui lui avait été assigné par l'inscription originaire, que le requérant y exprime qu'elle est prise en renouvellement de cette inscription originaire, laquelle a été faite à telle date. C'est la jurisprudence constante de la Cour de cassation (2), et la solution a été législativement consacrée par la loi belge du 16 décembre 1851 (3). Il existe

---

(t. I, n° 117). — C'est l'opinion récemment exprimée et soutenue avec autorité par M. Lyon-Caen, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris (*J. Pal.*, 1874, p. 865, en note). — *Comp.* Req., 11 mars 1874 (Dall., 74, 1, 293; S.-V., 74, 1, 337; *J. Pal.*, 1874, p. 865).

(1) Cass., 22 févr. 1825. — *Junge* : Grenoble, 9 janv. 1827. Voy. aussi Orléans, 4 juin 1860; Agen, 7 févr. 1861; Metz, 22 janv. 1862 (S.-V., 61, 2, 449; 62, 2, 380; *J. Pal.*, 1861, p. 675; 1862, p. 61 et 258); et MM. Troplong (n° 715); Zachariæ (t. II, p. 183, 184); Massé et Vergé (t. V, p. 223 et 224); Aubry et Rau (4ᵉ édit., t. III, p. 383). — Du reste, nous avons parlé ainsi en principe; mais, dans la pratique, il est convenable qu'en rédigeant une inscription *expressément* prise en *renouvellement* d'une précédente, on en répète toutes les énonciations, afin d'éviter de recourir à d'anciens registres pour compléter les états d'inscriptions.

(2) Voy. Req., 16 juin 1831; Cass., 29 août 1838; Req., 25 janv. 1853; Cass., 16 févr. 1864 (*J. Pal.*, 1853, t. I, p. 696; 1864, p. 1229; S.-V., 31, 1, 357; 38, 1, 769; 53, 1, 425; 64, 1, 289; Dall., 53, 1, 12; 64, 1, 90). — *Junge :* Lyon, 10 janv. 1844 (S.-V., 44, 2, 208; *J. Pal.*, 1848, t. II, p. 538); Agen, 22 janv. 1861 (Dall., 61, 2, 148; S.-V., 61, 2, 538; *J. Pal.*, 1862, p. 175); Paris, 6 août 1868 (*J. Pal.*, 1869, p. 99; S.-V., 69, 2, 13). Voy. aussi MM. Merlin (vº Hyp., § 8 *bis*, nº 11); Zachariæ (t. II, p. 183); Duranton (t. XX, n° 169); Baudot (*Form. hyp.*, n° 813); Grenier (nºˢ 117 et 240); Battur (t. III, p. 241); Billot (*Rev. prat.*, t. I, p. 459); Aubry et Rau (4ᵉ édit., t. III, p. 383).

(3) L'art. 90 de cette loi dit en effet, dans sa disposition finale, que « l'inscription en renouvellement ne vaudra que comme inscription première, si elle ne contient pas

pourtant en sens contraire quelques décisions fondées sur ce que les tiers ne peuvent éprouver aucun prejudice du défaut de mention de l'inscription primitive dans le renouvellement. Mais on comprend que l'indication est nécessaire dans une infinité de cas pour prévenir toute erreur et toute méprise sur la situation hypothécaire de l'immeuble et le rang de l'hypothèque inscrite. Pour n'en citer que quelques exemples, nous rappellerons ceux qu'indiquait la Cour de Lyon lorsqu'en confirmant notre doctrine elle disait qu'à défaut de mention de l'inscription primitive, « le cessionnaire d'une creance inscrite avant le renouvellement croirait la créance à lui cédée antérieure en rang d'hypothèque à la créance garantie par ce renouvellement, et n'aurait aucun moyen de vérifier l'existence d'une inscription antérieure ; que, de même, un débiteur de prix de vente qui payerait les créanciers inscrits sur la foi et dans l'ordre du certificat du conservateur verrait plus tard cet ordre renversé par les inscriptions ainsi renouvelées sans mention. » Ces exemples pourraient être multipliés : ceux-ci suffisent, toutefois, pour montrer l'importance de la mention, et justifier l'application d'une sanction qui, toute sévère qu'elle soit, est commandée par le besoin de la publicité. Mais, précisément à cause de la gravité de la sanction, il est juste d'admettre que le renouvellement donnera à l'hypothèque le rang de l'inscription primitive, le rappel de cette inscription ne fût-il pas dans le corps même de l'inscription nouvelle, si, d'ailleurs, les tiers, en consultant les registres du conservateur, n'ont pas pu y être trompés (1). La Cour de cassation a jugé, en ce sens, que l'inscription prise en renouvellement produit tout son effet encore bien qu'elle ne contienne pas la désignation de l'inscription originaire, si cette désignation est faite sur les registres, dans une note marginale du conservateur (2).

V. — **1054.** La nécessité du renouvellement subsiste tant que l'inscription originaire n'a pas produit son effet légal, quels que soient les changements survenus dans la situation du créancier ou du débiteur ou dans la condition de l'immeuble hypothéqué.

Ainsi, j'ai pris une inscription sur les immeubles de Pierre, mon débiteur ; avant que la dixième année soit expirée, Pierre est mis en état de faillite ; ou bien il vient à décéder, et sa succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire : je ne suis pas dispensé pour cela de renouveler mon inscription. Le cas est différent de l'hypothèse prévue au n° **1036**, où nous supposons que l'inscription est déjà périmée quand survient l'événement de la faillite ou de l'acceptation bénéficiaire. Dans cette dernière hypothèse, le créancier ne peut plus être admis à renouveler, parce que l'inscription originaire étant périmée, l'inscription nouvelle ne pourrait plus être considérée que comme une première inscription,

---

l'indication précise de l'inscription renouvelée, mais qu'il ne sera pas nécessaire d'y rappeler les inscriptions précédentes. » Voy. les Commentaires de MM. Delebecque (334), Martou (t. III, p. 205, et n° 1144).

(1) Voy. notamment Limoges, 4 avr. 1848, et Montpellier, 26 févr. 1852 (S.-V., 48, 2, 539 ; 52, 2, 686, et 55, 2, 26 ; Dall., 48, 2, 115 ; 53, 5, 258 ; *J. Pal.*, 1848, t. II, p. 537, et 1854, t. II, p. 98). — Voy. aussi M. Troplong (n° 715).

(2) Voy. Rej., 3 févr. 1819.

et que le créancier trouve un obstacle légal dans l'art. 2146, d'après lequel la faillite et l'acceptation bénéficiaire arrêtent le cours des inscriptions (voy. *suprà,* n°s 887 et suiv., 922 et suiv., 1036). Mais dans notre hypothèse actuelle, il s'agit uniquement de conserver par le renouvellement le droit que l'inscription originaire avait assuré. Or l'article 2146 ne fait pas obstacle à cela; et comme cet article ne défend ni ne dispense de renouveler les inscriptions lorsque le débiteur est tombé en faillite, ou que sa succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire, il s'ensuit, quoi qu'en aient dit quelques auteurs et plusieurs arrêts (1), que ces événements ne sauraient prolonger la durée et les effets de l'inscription. C'est l'opinion dominante (2).

Ainsi encore, je suis inscrit sur un immeuble, et, avant que les dix ans à compter de la date de mon inscription soient expirés, l'immeuble est frappé de saisie : je ne suis pas non plus dispensé de renouveler l'inscription, sinon, et après l'expiration de la dixième année, l'inscription restera périmée. La Cour de cassation décide, en effet, que le créancier hypothécaire n'est pas dispensé du renouvellement de son inscription dans les dix ans par la saisie de l'immeuble hypothéqué et la dénonciation de la saisie aux créanciers inscrits, et, en conséquence, qu'il perd tout droit hypothécaire, à défaut de renouvellement, contre le tiers acquéreur qui a fait transcrire son contrat (3).

De même encore, le renouvellement est nécessaire, quoique le créancier se soit rendu lui-même acquéreur de l'immeuble grevé de sa créance. Dans l'ancienne jurisprudence, c'était la doctrine dominante, ainsi que l'explique Pothier. « Lorsque quelqu'un, dit-il, pour purger les hypothèques de son vendeur, fait décréter sur lui un héritage dont il se rend adjudicataire par le décret volontaire qu'il en fait faire, il doit s'opposer au décret qu'il fait faire sur lui pour les créances hypothécaires qu'il aurait lui-même contre son vendeur, et en payement desquelles l'héritage lui a été vendu... ; autrement le décret purgera les hypothèques, et les créanciers qui étaient postérieurs en hypothèque, et qui se seront opposés au décret, l'obligeront de consigner le prix entier de son acquisition, et seront payés sur ce prix en principal et frais, sans qu'il puisse en rien retenir en déduction des siennes. » (4) A plus forte raison, aujourd'hui que la loi repose sur le principe de la publicité, faut-il dire que le créancier hypothécaire, même en acquérant l'immeuble hypo-

(1) Turin, 27 déc. 1806; Paris, 7 juill. 1811, 9 mars 1812, 7 déc. 1831; Bruxelles, 3 juin 1817; Rouen, 18 mars et 30 juin 1820. — Voy. aussi MM. Pardessus (t. IV, n° 1123); Persil (art. 2154, n° 7); Delvincourt (t. III, p. 168).

(2) Rej., 7 juin 1817, 15 déc. 1829 et 29 juin 1830; Limoges, 26 juin 1820; Caen, 19 févr. 1825 et 29 mai 1827; Rouen, 30 mai 1825; Bordeaux, 15 déc. 1826; Paris, 19 août 1841 (S.-V., 41, 2, 588). Voy. aussi MM. Merlin (v° Inscript. hyp., § 8 *bis*, n° 8); Grenier (t. I, n° 128); Dalloz (*Rép.*, v° Priv. et Hyp., p. 301, n° 8); Duranton (t. XX, n° 168); Zachariæ (t. II, p. 183); Baudot (n° 830); Troplong (n° 660 *bis*); Martou (n° 1170).

(3) Cass., 31 janv. 1821; Req., 9 août 1821 et 18 août 1830. — Voy. aussi Toulouse, 20 mai 1828. — *Junge :* MM. Zachariæ (*loc. cit.*); Troplong (n° 718). — *Comp.* Caen, 9 févr. 1860 (Dall., 60, 2, 193). Voy. cependant Rouen, 29 mai 1817, et M. Persil (art. 2154, n° 6).

(4) Voy. Pothier (*Proc. civ.*, p. 262).

théqué, ne conserve son hypothèque, tant qu'il n'a pas purgé, que par des inscriptions faites ou renouvelées, tout comme s'il n'avait pas acquis (1).

Telles sont, entre autres, les applications fournies par la jurisprudence et desquelles il résulte, comme nous l'avons exprimé, que, quels que soient les changements survenus soit dans la position du débiteur ou du créancier, soit dans la condition de l'immeuble, la nécessité du renouvellement subsiste aussi longtemps que l'inscription originaire n'a pas produit son effet légal.

1055. Mais quand et à quel moment l'inscription a-t-elle produit son effet légal, de telle sorte que le créancier puisse se dispenser d'opérer le renouvellement sans que son droit s'en trouve compromis? C'est l'une des questions les plus controversées de notre matière, et aussi l'une de celles qui ont fait naître les opinions les plus nombreuses et les plus divergentes. Il y a pourtant un principe certain et qui est admis unanimement : c'est que le droit de préférence entre créanciers privilégiés et hypothécaires n'étant attaché par les art. 2106 et 2134 qu'au privilége et à l'hypothèque inscrits, il faut, pour que le droit de préférence (le seul dont nous avons, quant à présent, à nous occuper) se maintienne au profit du créancier, que l'inscription subsiste régulière jusqu'au jour où le créancier a un droit certain et irrévocablement acquis au prix de l'immeuble grevé de son privilége ou de son hypothèque. Notre question revient donc à demander quel est le moment où l'hypothèque et le privilége inscrits sur l'immeuble attribuent aux créanciers hypothécaires et privilégiés un droit irrévocable sur le prix. C'est la question qu'il faut résoudre, en se reportant aux deux modes distincts suivant lesquels le gage est réalisé, c'est-à-dire en se plaçant successivement dans l'hypothèse d'une expropriation forcée et dans celle d'une aliénation volontaire.

1056. Dans le cas d'expropriatiou forcée, nous tenons, avec la majorité des auteurs et avec la jurisprudence dominante, que c'est au jour où l'adjudication est consommée que l'inscription hypothécaire produit son effet dans les rapports des créanciers entre eux et avec l'adjudicataire (2). En effet, il s'agit uniquement ici *de la distribution du prix*

---

(1) *Conf.* Req., 5 févr. 1828, 1er mai 1828; Caen, 6 mai 1824 et 30 janv. 1826; Bourges, 28 mai 1827; Grenoble, 10 mars 1832; Paris, 21 août 1862 (S.-V., 62, 2, 545; *J. Pal.*, 1863, p. 621). — Voy. aussi MM. Persil (art. 2154, n° 8); Dalloz (*loc. cit.*, n° 12); Zachariæ (*loc. cit.*); Aubry et Rau (4e édit., t. III, p. 379, note 21); Troplong (n° 726 *bis*); Martou (1168). — Voy. cependant Grenoble, 17 déc. 1821, 25 mai 1822 et 8 avr. 1829.

(2) Voy. Caen, 26 août 1810; Bruxelles, 26 juin 1813; Liége, 24 mars 1825; Toulouse, 18 juin 1830; Bordeaux, 24 févr. 1831; Rej., 14 juin 1831; Cass., 20 déc. 1831; Angers, 4 janv. 1834; Cour de cass. de Bruxelles, 14 juill. 1853 (S.-V., 31, 1, 357; 2, 247; 32, 1, 151; 34, 2, 172; Dall., 31, 2, 28; 1, 230; 32, 1, 6; Pasic. belge, 1853, 1, 362). — Voy. aussi MM. Grenier (t. I, n° 108); Duranton (t. XX, nos 163 et 164); Zachariæ (t. II, p. 182, note 7); Taulier (t. VII, p. 353); Troplong (nos 720, 723); Martou (n° 1157); Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 503). — *Junge* un arrêt de Bordeaux du 19 nov. 1868 (S.-V., 69, 2, 117; *J. Pal.*, 1869, p. 578) et un arrêt de la Cour de Caen qui décide qu'il en est ainsi depuis la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, et que, par suite, c'est toujours à la date du jugement d'adjudication, et non pas seulement au jour de la transcription, que l'inscription a produit son effet. Caen, 9 mai 1871 (S.-V., 72, 2, 225; *J. Pal.*, 1872, p. 922).

entre les créanciers inscrits; nous ne sommes plus dans l'hypothèse de l'art. 2151, lequel, intéressant plus particulièrement les tiers, a pour objet de les mettre en mesure de se rendre un compte exact des charges pesant sur l'immeuble grevé (voy. n° 1019). Or, au point de vue de la distribution du prix, l'adjudication est l'acte qui règle le droit des créanciers inscrits; car, ainsi que l'exprime la jurisprudence, l'adjudication constitue entre l'adjudicataire et ces créanciers, devenus parties dans la poursuite par l'effet de la notification qui a dû leur être faite d'après les art. 692 et 693 du Code de procédure, un contrat judiciaire se résumant en une indication virtuelle de payement en leur faveur, et en un engagement tacite de la part de l'adjudicataire de les payer à leur rang jusqu'à concurrence de son prix. Telle est la situation juridique que crée l'adjudication.

Jusque-là, les actes divers qui s'accomplissent sont évidemment impuissants à conférer aux créanciers un droit irrévocable sur le prix : voilà pourquoi l'on ne saurait admettre la doctrine qui fait cesser l'obligation de renouveler l'inscription, soit, comme nous le disons au n° 1054, quand la saisie immobilière a été dénoncée au saisi, et qu'elle a été transcrite conformément aux art. 677 et 678 du Code de procédure (1); soit quand il a été fait aux créanciers inscrits la sommation qui, dans les termes de l'art. 692 de ce Code modifié par la loi de 1841, remplace la notification des placards dont il était question à l'art. 695 de l'ancien texte, c'est-à-dire la sommation de prendre communication du cahier des charges (2).

Et quant aux actes qui viennent après l'adjudication en vue de la distribution du prix, ils ne sont que l'exécution même du contrat tel qu'il a été formé par l'adjudication, et, conséquemment, ils n'ajoutent rien aux droits qu'elle a conférés sur le prix : voilà pourquoi nous écartons également la doctrine qui fait subsister les effets de l'inscription soit jusqu'au jour de l'ouverture de l'ordre et au moment où les créanciers produisent leurs titres (3), soit même jusqu'à la clôture de l'ordre et à la délivrance des bordereaux, ou, plus encore, jusqu'au jour où le créancier aurait obtenu son payement (4).

1057. Toutefois, nous supposons une adjudication suivie de payement, c'est-à-dire une adjudication consommée d'une manière régulière et définitive; car, si le jugement était infirmé sur l'appel, ou si l'adjudication venait à être suivie de surenchère, l'inscription n'aurait pas produit son effet, et la nécessité du renouvellement subsisterait jusqu'à l'adjudication nouvelle ou à l'adjudication sur surenchère (5). Il n'y au-

---

(1) Paris, 23 avr. 1818.

(2) Voy. Toulouse, 13 déc. 1814; Rouen, 29 mars 1817. Voy. aussi M. Persil (*Rég. hyp.*, art. 2154, n° 6, et *Quest.*, t. I, p. 433. — Mais voy. Bruxelles, 26 juin 1812; Besançon, 19 févr. 1820; Paris, 19 févr. 1820; Rej., 9 août 1821.

(3) Voy. Caen, 6 avr. 1824. — *Junge* : MM. Merlin (*Rép.*, v° Inscript. hyp., § 8 *bis*, n°s 5 et 6); Sirey (*Rec. périod.*, 1830, 2, 25). *Comp.* Toulouse, 4 mars 1864 (*J. Pal.*, 1864, p. 672; S.-V., 64, 2, 104; Dall., 64, 2, 72).

(4) Voy. M. Dalloz (*Rec. alph.*, v° Hyp. et Priv., p. 302, n° 9).

(5) Voy. MM. Pigeau (t. II, p. 215, n° 10); Zachariæ (t. II, p. 182, note 8); Troplong (n° 720, *in fine*).

rait plus à tenir compte de la première adjudication, qui se trouverait annihilée aussi complétement que si elle n'eût jamais existé. Un arrêt de la Cour de cassation a décidé, sur ce fondement, que l'adjudicataire surenchéri n'est pas passible du droit de mutation (1).

1058. Il en serait de même, à notre avis, si l'adjudicataire, étant en défaut de satisfaire à ses obligations, l'immeuble était revendu à sa folle enchère. Ceci, pourtant, n'est pas aussi complétement accepté en doctrine et en jurisprudence. Il faut dire même que d'après les auteurs, en général, la revente, dans ce cas, est le résultat du défaut d'accomplissement d'une condition suspensive, laquelle est le payement du prix; d'où suivrait, au point de vue qui nous occupe, que le nouvel adjudicataire, se trouvant substitué à l'ancien pour réaliser les conditions promises et non accomplies par celui-ci, l'expiration des dix ans sans renouvellement avant l'adjudication sur folle enchère ne compromettrait pas le droit au prix conféré par l'inscription en tant que les effets en subsistaient lors de la première adjudication (2). C'est aussi la doctrine de la Cour de cassation, qui, en partant de cette même donnée, decide, au point de vue du droit d'enregistrement, que la revente sur folle enchère n'affranchit pas l'adjudication première de la nécessité de subir le droit de mutation (3).

Nous croyons cependant qu'ici, comme dans le cas de surenchère, l'anéantissement de la première adjudication a lieu par l'effet d'une annulation qui ne dérive ni d'une condition suspensive, ni d'une condition résolutoire; c'est une annihilation propre au contrat, ce que la Cour de cassation elle-même avait d'abord reconnu (4). « Depuis l'adjudication jusqu'à la revente sur folle enchère ou surenchère qui termine l'opération, dirons-nous avec MM. Rigaud et Championnière (5), il n'existe qu'une vente; toutes celles qui demeurent sans effet définitif disparaissent comme si elles n'avaient jamais eu lieu. Les choses ne sont pas seulement remises au même état que si ces ventes n'avaient pas été contractées, *ut ex nunc,* mais la mutation est anéantie *retro* et radicalement. La dernière seule peut être prise en considération, parce qu'elle est la seule qui subsiste réellement, et qui doit même, fictivement, être réputée avoir seule subsisté. Les véritables principes sont encore ceux que Dumoulin avait constatés : *Quamvis illa nova venditio sit tertia contractuum numero, tamen stabilitatis et acquisitionis effectu, est sola et prima; et ex eâ solâ debentur jura.* » D'après cela, nous estimons que, même au point de vue du droit au prix, et dans les rapports des créanciers entre eux et avec l'acquéreur, l'inscription originaire n'a pas pro-

---

(1) Voy. Cass., 23 févr. 1820.

(2) Voy. MM. Troplong (nos 721 et 722); Martou (no 1158). Voy. aussi Chambéry, 12 mai 1869 (Dall., 69, 2, 164). — Voy. cependant M. Duvergier (*De la Vente,* t. I, no 79), d'après lequel la revente serait l'accomplissement d'une condition résolutoire.

(3) Voy. Cass., 27 mai 1823 et 6 févr. 1833 (S.-V., 33, 1, 233).

(4) Voy. Req., 6 juin 1811 et 2 févr. 1819. — *Junge :* M. Merlin (*Quest.,* vo Résolution, § 2).

(5) Rigaud et Championnière (*Droit d'enregistr.*, t. III, no 2146).

duit son effet au jour de l'adjudication s'il survient une revente à la folle enchère de l'adjudicataire, et que c'est seulement au jour de l'adjudication sur folle enchère que cesse la nécessité du renouvellement.

1059. Ces points établis, on pressent nos solutions dans le cas d'aliénation volontaire. Et tout d'abord nous écartons l'opinion d'après laquelle le fait seul de la transmission, ou même la transcription du contrat de vente, dispenserait le créancier inscrit de renouveler son inscription. Ce n'est pas ici l'hypothèse prévue au n° 1036, où nous avons supposé que l'inscription est déjà périmée quand surviennent la vente de l'immeuble et la transcription du contrat : il s'agit, dans notre hypothèse actuelle, non pas d'acquérir par une inscription un rang d'hypothèque et un droit de préférence entre les créanciers inscrits (ce qui est l'hypothèse du n° 1036), mais de conserver par le renouvellement un rang et un droit au prix acquis déjà par une inscription préexistante et qui est en pleine vigueur. Or il est évident que la transmission de l'immeuble ne dispense pas par elle-même le créancier de ce soin (1); la transcription du contrat de vente ne l'en dispense pas davantage, parce que c'est là une formalité préliminaire de la purge, dont l'objet et le résultat sont de rendre la mutation publique et d'empêcher que des inscriptions nouvelles se produisent, mais qui ne liquide en aucune manière et ne règle pas les droits respectifs des créanciers déjà inscrits (2). Il faut donc écarter cette première opinion.

De même nous écartons celle qui, dans ce cas d'aliénation volontaire, comme dans celui d'expropriation forcée, place, soit à l'ouverture, soit à la clôture de l'ordre, soit même à la délivrance des bordereaux, l'instant où l'inscription hypothécaire a produit son effet et n'a pas besoin d'être renouvelée (3). Répétons, en effet, que l'ouverture de l'ordre, sa clôture et la délivrance des bordereaux, ne sont que l'exécution d'un fait antérieur, d'une convention ou d'un quasi-contrat qui a liquidé l'hypothèque au point de vue des créanciers entre eux, et a

---

(1) Il en serait de même dans le cas de vente par licitation devant notaire, même en vertu de jugement. Cass., 18 févr. 8134 (S.-V., 34, 1, 76; *J. Pal.*, à sa date). Voy. aussi MM. Aubry et Rau (t. II, p. 818 et 819; 4e édit., t. III, p. 378). On peut rapprocher de cette décision celle d'un arrêt duquel il résulte que la disposition spéciale de l'art. 573 du Code de commerce est inapplicable à l'adjudication sur poursuite à fin de licitation intentée par un créancier en vertu de l'art. 1166; que cette adjudication reste, au contraire, sous l'empire du droit commun, et que, dès lors, l'échéance du délai de quinzaine depuis l'adjudication ne dispense pas les créanciers hypothécaires de faire renouveler leurs inscriptions, sous peine de déchéance. Req., 14 nov. 1866 (S.-V, 67, 1, 21; Dall., 67, 1, 58; *J. Pal.*, 1867, p. 27).

(2) Voy. Rej., 15 déc. 1829, et Cass., 18 févr. 1834 (S.-V., 30, 1, 62; 34, 1, 76). — *Junge :* Liége, 10 déc. 1812; Cass., 29 juill. 1828; Paris, 24 mars 1860 (S.-V., 60, 2, 235); *J. Pal.*, 1860, p. 962). Voy. aussi MM. Aubry et Rau (*loc. cit.*). Mais il en est autrement dans le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. D'après la jurisprudence, du moment où soit le jugement d'expropriation, soit l'acte de cession amiable qui en tient lieu, a été transcrit, les inscriptions hypothécaires ont produit leur effet légal et sont dès lors dispensées du renouvellement décennal. Cass., 30 janv. 1865 (*J. Pal.*, 1865, p. 302; S.-V, 65, 1, 141; Dall., 65, 1, 75). Voy. cependant MM. Aubry et Rau, d'après qui l'inscription n'a produit son effet légal qu'à l'expiration de la quinzaine qui suit la transcription (4e édit., t. III, p. 377, note 17).

(3) Voy. Rej., 20 avr. 1875 (*J. Pal.* 1875, p. 734; S.-V., 75, 1, 304); MM. Merlin (v° Inscript. hyp., § 8 *bis*, nos 5 et 6); Dalloz (p. 303, n° 11).

converti, à leur égard, le gage hypothécaire en une somme d'argent.

Mais entre ces deux opinions extrêmes se place le système intermédiaire vers lequel la jurisprudence et la doctrine tendent aujourd'hui : c'est celui qui, prenant pour base les art. 2183 et suivants du Code civil, d'après lesquels le nouveau propriétaire doit notifier aux créanciers inscrits extrait de son titre contenant les diverses énonciations prescrites, et déclarer par le même acte qu'il est prêt à payer sur-le-champ les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence de son prix (voy. *infrà* le commentaire de ces articles), fixe à la date de cette notification et de cette déclaration l'instant où les créanciers sont dispensés du renouvellement des inscriptions (1). D'après la jurisprudence et la généralité des auteurs, c'est à ce moment que se formerait la convention ou le quasi-contrat par lequel l'hypothèque se trouve liquidée et le gage hypothécaire converti en une somme d'argent.

1060. Toutefois cette solution, non plus, ne nous paraît pas acceptable. Il faut tenir compte, à notre avis, des quarante jours que l'article 2185 accorde à tous les créanciers inscrits pour surenchérir. Tant que ces quarante jours ne sont pas expirés, nous ne voyons dans la notification faite par le nouveau propriétaire qu'une offre qui, à défaut d'acceptation, ne saurait constituer une convention complète. Les créanciers peuvent accepter sans doute d'une manière expresse au cours des quarante jours, et, dans ce cas, la convention est formée au jour de l'acceptation; le nouveau propriétaire se trouve alors définitivement obligé vis-à-vis des créanciers inscrits, ce qui est le point où il faut arriver pour que l'inscription hypothécaire ait produit son effet. Mais s'il n'intervient pas d'acceptation expresse, la convention n'est parfaite qu'à l'expiration des quarante jours sans qu'il soit survenu aucune réquisition de surenchère, ce silence impliquant alors acceptation et constituant lui-même une acceptation tacite. C'est donc à l'expiration des quarante jours que l'inscription aura produit son effet, et, par conséquent, les créanciers inscrits ne sont pas dispensés du renouvellement tant qu'il reste à courir quelque chose de ce délai (2).

1061. Que s'il survient une surenchère, il ne saurait plus être question de s'arrêter même à l'expiration des quarante jours; l'inscription alors n'a produit son effet de manière à n'avoir pas besoin d'être renouvelée que du jour où l'adjudication est consommée d'une manière dé-

(1) Voy. Paris, 29 août 1815; Colmar, 16 juin 1821; Bordeaux, 18 juill. 1823; Paris, 21 févr. 1825; Montpellier, 9 janv. 1827; Lyon, 16 févr. 1830: Rej., 30 mars 1831; Toulouse, 30 juill. 1835; Paris, 16 janv. 1840; Rej., 21 mars 1848; Bourges, 20 nov. 1852; Colmar, 27 avr. 1853; Dijon, 13 août 1855 (S.-V., 31, 1, 343; 36, 2, 156; 40, 2, 129; 48, 1, 273; Dall., 31, 1, 178; 36, 2, 79; 40, 2, 114; 48, 1, 117; 55, 2, 27 et 338; 56, 2, 101; *J. Pal.*, 1840, t. I, p. 338; 1848, t. II, p. 72; 1854, t. II, p. 30; 1856, t. I, p. 405). *Junge* : Rej., 19 juill. 1858; Grenoble, 25 juin 1859 (*J. Pal.*, 1859, p. 494; 1860, p. 137; S.-V., 58, 1, 24). — Voy. aussi MM. Persil (art. 2154, n[os] 4 et 5); Grenier, (t. I, n° 112); Battur (t. I, p. 459); Duranton (t. XX, n° 167); Taulier (t. VII, p. 354); Aubry et Rau (t. II, p. 820, note 20; 4[e] édit., t. III, p. 379, note 23).

(2) Quelques-uns des arrêts cités à la note précédente admettent cette restriction. Voy. notamment l'arrêt de Paris du 16 janv. 1840. — Voy. d'ailleurs, en ce sens, MM. Troplong (n[os] 723 et suiv.); Zachariæ (t. II, p. 182); Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 503); Martou (n° 1165).

finitive. Quelques arrêts décident que, même dans ce cas, le créancier a été dispensé de renouveler son inscription à partir de la notification du contrat aux créanciers inscrits avec offre de payer le prix (1). Après ce que nous avons dit aux nos 1057 et suivants, nous n'avons pas besoin d'insister pour établir que cela est de tous points inadmissible. Par l'effet de la surenchère, la première vente a été absolument annulée, et, soit que l'acquéreur reste lui-même adjudicataire, soit que l'adjudication soit faite au profit d'un autre, c'est l'adjudication faite sur la surenchère qui liquide les hypothèques inscrites et convertit le gage hypothécaire en argent : c'est donc seulement à la date de cette adjudication que cesse la nécessité du renouvellement (2).

1062. Dans tout ce qui précède sur ce cas d'aliénation volontaire, nous avons supposé que le nouveau propriétaire, voulant se garantir de l'effet des poursuites autorisées dans le chapitre VI de notre titre, a suivi la procédure de la purge réglée par le chapitre VIII. Supposons maintenant que le nouvel acquéreur ne procède pas aux formalités de la purge : dans cette hypothèse, les inscriptions hypothécaires n'ont produit leur effet ni par la transmission qui a été faite à l'acquéreur, ni par la transcription du contrat de vente, ni par les poursuites qui seraient exercées contre l'acquéreur en défaut de satisfaire pleinement à ses obligations (art. 2169), ni même par le jugement qui condamnerait cet acquéreur à payer ou délaisser (3). L'effet n'est produit et la nécessité du renouvellement ne cesse qu'à l'adjudication définitive ou à l'offre autorisée par l'art. 2173 (4). C'est alors seulement que le tiers détenteur devient débiteur direct et personnel du créancier. Jusque-là, toutes les mesures prises ont tendu à la réalisation de l'hypothèque; mais aucune d'elles ne l'a réalisée.

VI. — 1063. Il nous reste à parler de l'effet du renouvellement. Lorsque l'inscription a donné la vie à l'hypothèque ou au privilége, le renouvellement, opéré dans la période de dix ans fixée par la loi, conserve à l'hypothèque ou au privilége, pour la révolution d'une nouvelle période de dix ans, la force et les effets que lui avait conférés l'inscription originaire. — Ainsi, je suis créancier hypothécaire, et j'ai pris mon inscription le 1er février 1865; si mon inscription est renouvelée au plus tard le 1er février 1875 (voy. n° 1039), j'ai conservé le rang que la première inscription a donné à mon hypothèque, et j'ai le droit de faire colloquer ma créance à la date du 1er février 1865, en même temps que je me suis mis en position de conserver ce même droit, par un second renouvellement, pour une nouvelle période de dix ans, pourvu que ce renouvellement soit opéré au plus tard à l'expiration de la dixième année à compter du jour où le premier a été effectué. —

---

(1) Paris, 21 févr. 1825; Rej., 30 mars 1831; Dijon, 13 août 1855 : arrêts cités aux notes précédentes.

(1) Voy. MM. Duranton (t. XX, n° 167); Troplong (*loc. cit.*); Zachariæ (*loc. cit.*); Marton (*loc. cit.*).

(3) Voy. Rej., 3 févr. 1824; Nancy, 28 juill. 1853; Cass., 31 janv. 1854 (*J. Pal.*, 1854, t. II, p. 287, et t. I, p. 305; S.-V., 54, 1, 188; Dall., 54, 1, 79).

(4) Voy. Req., 24 févr. 1830.

Ainsi encore, j'ai un privilége de copartageant : et je prends inscription le 1er février 1865, avant l'expiration du délai de soixante jours qui m'est accordé par la loi pour donner la publicité à mon privilége (voy. *suprà,* n° 254). Par là, et en vertu de l'effet rétroactif propre à l'inscription des priviléges (*suprà,* nos 252 et suiv.), mon privilége prend rang à la date de la licitation ou du partage dans lequel le privilége a pris naissance (voy. *suprà,* n° 289) ; et si mon inscriptiou a été renouvelée au plus tard le 1er février 1875, j'ai conservé à mon privilége cette même date du partage ou de la licitation. Tout ceci s'explique de soi-même et n'a pas besoin d'être autrement développé.

1064. Mais voici la situation qui peut se présenter. Il se peut faire qu'un créancier diligent ne veuille pas attendre le jour même où expire le délai de dix ans pour opérer le renouvellement de l'inscription, et qu'anticipant, il s'inscrive en renouvellement trois, quatre, cinq ou six mois avant le terme fatal de dix ans. Ainsi, dans l'hypothèse où l'inscription primitive a été faite le 1er février 1865, supposons l'inscription de renouvellement prise le 1er août 1874 : dans ce cas, nous estimons que pour qu'un second renouvellement produise son effet ordinaire, son effet tel qu'il vient d'être décrit, il faut qu'il soit effectué dans les dix ans à partir, non pas du 1er février 1875, jour où expirait la première période de dix ans, mais du 1er août 1874, jour où a été effectué le premier renouvellement. Il faut, en tout état de cause, que le conservateur n'ait jamais de recherches à faire que dans les registres de dix ans en arrière en remontant de la date du dernier renouvellement. La Cour de Bourges était justement imbue de cette doctrine quand elle a décidé que l'inscription hypothécaire prise en renouvellement d'inscriptions antérieures ne conserve pas son effet s'il s'est écoulé plus de dix ans depuis la dernière, encore bien qu'il ne se soit pas écoulé, depuis l'inscription originaire, autant de périodes de dix années qu'il y a eu de renouvellements successifs (1).

2155. — Les frais des inscriptions sont à la charge du débiteur, s'il n'y a stipulation contraire; l'avance en est faite par l'inscrivant, si ce n'est quant aux hypothèques légales, pour l'inscription desquelles le conservateur a son recours contre le débiteur. Les frais de la transcription, qui peut être requise par le vendeur, sont à la charge de l'acquéreur.

SOMMAIRE.

I. 1065. Les frais de l'inscription sont à la charge du débiteur, s'il n'y a stipulation contraire. La règle est générale et applicable au tuteur qui prend inscription dans l'intérêt du pupille. — 1066. Mais l'avance des frais est faite par l'inscrivant, sauf pour l'inscription des hypothèques légales, dont les frais sont avancés par le conservateur. — 1067. Les frais de la transcription requise par le vendeur sont à la charge de l'acquéreur.

---

(1) Voy. Bourges, 30 avr. 1853 (*J. Pal.,* 1853, t. II, p. 228; Dall., 54, 2, 52).

I. — 1065. La loi met ici à la charge de celui qui les occasionne les frais de l'inscription. En définitive, c'est le débiteur qui a donné lieu à ces frais par la nécessité où il a été de fortifier sa solvabilité personnelle par une sûreté réelle sans laquelle le créancier n'aurait pas consenti à traiter. Le débiteur supportera donc les frais, s'il n'en a été stipulé autrement par la convention : ainsi dispose l'art. 2155.

D'ailleurs, la règle y est posée d'une manière générale : elle est donc applicable même aux frais de l'inscription prise contre le tuteur à raison de l'hypothèque légale dont ses biens sont grevés au profit du mineur ou de l'interdit qu'il a sous sa tutelle. L'inscription étant prise pour sûreté du reliquat éventuel du compte de tutelle, le tuteur est bien le *débiteur* dont parle notre article (1). La loi du 11 brumaire an 7 était contraire sur ce point, car l'art. 24 autorisait les tuteurs et curateurs des mineurs, des interdits et des absents, à employer en dépenses, dans le compte de leur gestion, les frais qu'ils auraient payés pour les inscriptions faites sur eux à l'effet de conserver les hypothèques indéfinies des administrés. Mais la disposition ne se trouvant pas reproduite dans le Code, le cas particulier dont il s'agit ici rentre aujourd'hui dans la règle générale d'après laquelle les frais de l'inscription sont à la charge du débiteur (2).

1066. Toutefois, si le débiteur doit supporter les frais, c'est au créancier ou à l'inscrivant à en faire l'avance envers le conservateur. Celui-ci n'a aucun intérêt, en effet, à ce que l'inscription soit prise; par cela même, il ne convenait pas de le constituer en avance, sauf son recours contre le débiteur. Le créancier ou l'inscrivant avance donc les frais; et c'est à lui ensuite à exercer son action en remboursement contre le débiteur. Ainsi dispose encore l'art. 2155.

Une exception, néanmoins, devait être faite relativement à l'inscription des hypothèques légales des femmes, des mineurs et des interdits. Dans la plupart des cas, cette inscription est requise par des personnes qui n'y ont nul intérêt (art. 2136), et qui n'agissent qu'en vue de la publicité hypothécaire. C'eût été les détourner d'agir que les obliger à faire des avances : aussi notre article dit-il que, dans ce cas, le conservateur devra procéder à l'inscription sans rien exiger de l'inscrivant, sauf à recourir ultérieurement contre le débiteur.

1067. Enfin, dans sa disposition finale, l'art. 2155 met à la charge de l'acquéreur les frais de la transcription qui peut être requise par le vendeur (voy. *suprà*, n° 264). C'est une application à la fois de la règle générale posée en tête de l'article, puisque l'acquéreur est débiteur du vendeur, et du principe consacré par l'art. 1593, qui met à la charge de l'acquéreur les frais d'actes et autres accessoires de la vente.

2156. — Les actions auxquelles les inscriptions peuvent donner lieu contre les créanciers, seront intentées devant le tribunal compétent,

(1) *Sic :* MM. Dalloz (p. 249, n° 15); Troplong (n° 730 *bis*).
(2) Voy. cependant MM. Persil (art. 2155, n° 4); Zachariæ (t. II, p. 169, note 11); Taulier (t. VII, p. 355); Martou (n° 1175).

par exploits faits à leur personne, ou au dernier des domiciles élus sur le registre; et ce, nonobstant le décès soit des créanciers, soit de ceux chez lesquels ils auront fait élection de domicile.

SOMMAIRE.

I. 1068. De la compétence et de la forme quant aux actions auxquelles les inscriptions donnent lieu contre les créanciers. Renvoi.

I. — 1068. L'art. 2156 tend à régler la compétence et la forme quant aux actions auxquelles les inscriptions donnent lieu contre les créanciers.

Sur la compétence, l'article exprime que les actions seront portées devant le *tribunal compétent,* sans s'expliquer autrement. Quel est donc le tribunal compétent? On a dit que l'hypothèque étant un droit réel, les actions auxquelles donnent lieu les inscriptions qui en sont le signe sont réelles également, et, par conséquent, que le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel sont situés les immeubles grevés de l'hypothèque. C'est, en effet, la règle générale. Mais est-ce parce que l'action est réelle? Nous nous expliquons là-dessus à l'occasion de l'article 2159, qui statue sur la compétence en vue d'un cas particulier (voy. *infrà,* n[os] 1088 et suiv.).

Quant à la forme de l'action, c'est, lorsque l'action est *principale,* celle d'un exploit ordinaire, lequel doit être fait soit à la personne du créancier, soit au dernier des domiciles élus sur le registre du conservateur. La signification peut être faite au domicile élu même après le décès, soit du créancier qui a fait l'élection, soit de la personne chez laquelle l'élection de domicile a été faite (1).

Que si la demande est *incidente,* elle doit être formée, comme toutes les demandes incidentes, par acte d'avoué à avoué (2).

CHAPITRE V

DE LA RADIATION ET RÉDUCTION DES INSCRIPTIONS.

2157. — Les inscriptions sont rayées du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet, ou en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée.

2158. — Dans l'un et l'autre cas, ceux qui requièrent la radiation déposent au bureau du conservateur l'expédition de l'acte authentique portant consentement, ou celle du jugement.

2159. — La radiation non consentie est demandée au tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été faite, si ce n'est lorsque cette inscription a eu lieu pour sûreté d'une condamnation éventuelle ou indé-

(1) Voy. cependant Grenoble, 24 août 1830 (S.-V., 31, 2, 265).
(2) Voy. MM. Pigeau (t. II, p. 426 et 429); Troplong (735).

terminée, sur l'exécution ou liquidation de laquelle le débiteur et le créancier prétendu sont en instance ou doivent être jugés dans un autre tribunal; auquel cas la demande en radiation doit y être portée ou renvoyée.

Cependant la convention faite par le créancier et le débiteur, de porter, en cas de contestation, la demande à un tribunal qu'ils auraient désigné, recevra son exécution entre eux.

2160. — La radiation doit être ordonnée par les tribunaux, lorsque l'inscription a été faite sans être fondée ni sur la loi, ni sur un titre, ou lorsqu'elle l'a été en vertu d'un titre soit irrégulier, soit éteint ou soldé, ou lorsque les droits de privilége ou d'hypothèque sont effacés par les voies légales.

SOMMAIRE.

I. 1069. Lorsque l'inscription n'a plus de raison d'être, il y a lieu d'en faire la radiation : application de la règle à l'inscription de l'hypothèque maritime (note). — 1070. L'inscription rayée ne disparaît pas du registre; mode d'opérer la radiation. — 1071. Elle peut être demandée par toute personne intéressée. — 1072. Elle a lieu par suite de causes diverses : indication de ces causes. Elle est volontaire ou forcée.

II. 1073. *De la radiation volontaire.* Elle procède de la libre volonté du créancier ou de ceux qui le représentent, et n'a pas besoin d'être acceptée. — 1074. Mais elle est soumise à une double condition. 1° L'acte de mainlevée ou la procuration à l'effet de la consentir doit être authentique; si l'acte est notarié, il n'est pas nécessaire qu'il en reste minute. — 1075. 2° Il faut que le créancier soit capable de consentir, c'est-à-dire qu'il ait la libre disposition de la créance pour sûreté de laquelle l'hypothèque avait été inscrite. — 1076. Par suite, la mainlevée ne peut être donnée par ceux qui sont frappés d'une incapacité absolue : du mineur, de l'interdit; — 1077. Et ceux dont la capacité est relative et ont besoin d'être assistés ou autorisés, ne peuvent consentir la mainlevée sans cette assistance ou cette autorisation : du mineur émancipé, du prodigue, de la femme mariée. Mais l'autorisation du mari n'est pas nécessaire pour la femme séparée de biens. — 1078. Quant aux administrateurs ou mandataires légaux, tels que tuteurs, maris, ils peuvent consentir la radiation; mais il faut que l'affranchissement de l'immeuble soit la conséquence du payement fait par le débiteur : controverse. — 1079. Il en est de même de l'héritier bénéficiaire, de l'héritier grevé de substitution, du curateur à une succession vacante. — 1080. Si l'inscription a été prise en vertu d'une obligation hypothécaire *au porteur,* la radiation peut être faite sur la mainlevée de tout porteur de l'obligation. — 1081. Quant à celles qui sont prises dans l'intérêt de l'Etat, des départements, des communes ou des établissements publics, la radiation est réglée par des décisions particulières.

III. 1082. *De la radiation forcée.* C'est celle qui est ordonnée par la justice dans les cas déterminés par la loi, et notamment par l'art. 2160. — 1083. Elle peut être requise par toutes les parties intéressées; toutefois, le débiteur ne saurait être admis à la demander à raison des irrégularités de l'inscription. — 1084. Les formes de la demande sont réglées par l'art. 2156. — 1085. D'ailleurs, c'est là une action principale; donc elle est sujette aux deux degrés, — 1086. Et soumise au préliminaire de conciliation : controverse.

IV. 1087. Transition à la compétence. — 1088. L'action n'est pas réelle; c'est par mesure d'uniformité qu'elle doit être portée devant le tribunal du lieu où l'inscription a été faite. *Quid* dans le cas où l'inscription est prise dans divers bureaux? — 1089. Des demandes en mainlevée et radiation d'inscriptions prises en vertu de condamnations ou de contraintes émanées de l'autorité administrative. — 1090. La loi permet aux parties de déroger aux règles de compétence par elle établies; mais la convention à cet égard ne lie pas les tiers. — 1091. Et ces règles, en elles-mêmes, ne sont pas absolues : exception pour le cas où l'inscription a eu lieu pour sûreté d'une condamnation éventuelle ou indéterminée, sur l'exécution ou la liquidation de laquelle les parties sont en instance ou doivent être jugées dans un autre tribunal. — 1092. Extension de

l'exception à tous les cas où la demande en radiation forme l'accessoire d'une autre action dont la connaissance appartient à un tribunal différent. — 1093. La radiation ne peut être effectuée qu'en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée : la condition est nécessaire.

V. 1094. Le jugement doit être rendu avec toutes les parties intéressées : controverse. — 1095. Et il ne peut recevoir son exécution sans avoir été préalablement signifié. — 1096. La signification doit être faite au dernier des domiciles élus sur le registre : controverse.

VI. 1097. *Des justifications à faire au conservateur.* Soit qu'il s'agisse de radiation volontaire, soit qu'il s'agisse de radiation forcée, celui qui la demande doit déposer au bureau du conservateur l'expédition de l'acte en vertu duquel elle est requise. — 1098. Le conservateur est juge de la régularité de l'acte en vertu duquel il est requis de procéder à la radiation. Application de la règle soit à l'expédition du jugement au cas de radiation forcée, soit à l'acte authentique dans le cas de radiation volontaire. — 1099. Dans les deux cas, il suffit que la pièce déposée donne un extrait littéral de la partie du titre se référant à la radiation. — 1100. Mais le conservateur peut exiger le dépôt des documents complétant la pièce ou susceptibles d'en établir la régularité. — 1101. Ainsi, dans le cas de radiation forcée, il peut demander le dépôt des actes mentionnés en l'art. 548 du Code de procédure, à moins qu'il n'y ait acquiescement, auquel cas l'acte qui le constate suffit. — 1102. Dans le cas de radiation volontaire, les justifications complémentaires que le conservateur peut demander varient suivant que le consentement à la radiation est donné par le créancier lui-même ou par son mandataire, ou par un curateur, etc. — 1103. Transition aux effets de la radiation opérée.

VII. 1104. La radiation étant opérée, l'immeuble est affranchi, et l'acquéreur, auquel est produit le certificat du conservateur, se libère valablement même entre les mains des créanciers chirographaires, quelle que soit l'irrégularité de la radiation opérée. — 1105. Cet effet n'a pas besoin, pour se produire, d'une radiation effective; il s'attache à l'acte même de mainlevée, que le créancier ne peut retirer après l'avoir consenti, sauf le cas de dol et de fraude. — 1106. Il faut néanmoins excepter le cas où le créancier, en donnant mainlevée, n'aurait renoncé qu'à son inscription : développements. — 1107. Effets du rétablissement d'une inscription indûment rayée.

I. — 1069. Lorsque l'inscription n'a pas de raison d'être, il importe de donner aux parties intéressées un moyen de la faire disparaître, ou au moins d'avertir les tiers qui pourraient consulter les registres hypothécaires que l'inscription est désormais sans objet : ce moyen, c'est la radiation que règlent les quatre articles dont nous avons maintenant à nous occuper (1).

---

(1) Le point est réglé en ce qui concerne l'inscription de l'hypothèque maritime par les art. 14 et 15 de la loi du 10 déc. 1874. L'art. 14 est rédigé dans les mêmes termes littéralement que l'art. 2157 du Code civil. L'art. 15 ajoute : « A défaut de jugement, la radiation totale ou partielle de l'inscription ne peut être opérée, par le receveur des douanes, que sur le dépôt d'un acte authentique de consentement à la radiation, donné par le créancier ou son cessionnaire justifiant de ses droits. — Si l'acte se borne à donner mainlevée, le droit proportionnel sur le titre constitutif de l'hypothèque ne sera pas perçu. — Dans le cas où l'acte constitutif de l'hypothèque est sous seing privé, ou si, étant authentique, il a été reçu en brevet, il est communiqué au receveur des douanes qui y mentionne, séance tenante, la radiation totale ou partielle. — Si l'acte de francisation lui est représenté simultanément ou ultérieurement, le receveur des douanes est tenu d'y mentionner à sa date la radiation totale ou partielle. » — Sur quoi nous relevons cette circonstance que, d'après le paragraphe premier de cet article, l'authenticité est exigée pour la radiation. Ainsi, tandis que l'hypothèque maritime peut être constituée par acte sous seing privé, d'après l'art. 2 de la loi (*suprà*, n° 655 à la note), elle ne peut jamais être rayée que sur le dépôt d'un *acte authentique* de consentement. La raison de cette différence, a dit le rapporteur de la commission, « est sensible : une inscription opérée sans droit n'est pas un fait de bien grave conséquence; le dommage qu'elle cause est complètement effacé, lorsque l'annulation en a été prononcée. — Il en est autrement d'une radiation qui, lors même qu'elle aurait été le résultat d'un consentement frauduleusement sup-

Indiquons avant tout, d'une manière générale, ce qu'est la radiation, par qui elle peut être requise, et dans quel cas elle est effectuée.

1070. L'inscription rayée ne disparaît pas du registre; elle n'est pas matériellement effacée : la radiation consiste non pas, comme le mot pourrait le faire croire, dans le bâtonnement de l'article où l'inscription est formulée, mais dans une annotation faite par le conservateur à la marge de cet article, pour indiquer que désormais, et en vertu de tel acte (l'acte de mainlevée, qui, ainsi qu'on le verra dans les numéros suivants, est volontaire ou forcé), l'inscription doit être considérée comme non avenue. De cette manière, l'inscription, quoique rayée, reste sur le registre, en sorte que si, comme cela peut arriver (voy. *infrà,* n° 1104), la radiation venait à être annulée ou anéantie rétroactivement, l'inscription se retrouverait sur le registre à sa place et à son rang.

1071. La radiation peut être requise par toute personne intéressée, et, par conséquent, par le débiteur lui-même, par les créanciers porteurs d'inscriptions faites après celles dont la radiation est demandée, par les tiers détenteurs de l'immeuble grevé. En effet, quant au débiteur, son intérêt est palpable : l'inscription, tant qu'elle subsiste, affecte son crédit; il lui importe donc au plus haut degré que les registres hypothécaires, s'ils portent la trace des charges qui ont pesé sur ses immeubles, indiquent en même temps que ces charges désormais sont sans réalité. Quant aux créanciers inscrits, leur intérêt est visible également; toute inscription qui les prime diminue d'autant la chance qu'ils ont d'être payés sur le gage; il leur importe dès lors de faire écarter par la radiation des inscriptions, s'il y a lieu, des créanciers qui leur sont préférables. Quant au tiers détenteur, il a, comme propriétaire, toutes les actions qui tendent à défendre et à consolider sa propriété : il a donc intérêt et qualité pour requérir la radiation des inscriptions qu'il considère comme ne devant pas subsister sur l'immeuble; et bien que son droit soit susceptible d'être résolu par l'éffet d'une surenchère, sa qualité et son intérêt ne sauraient, d'après la jurisprudence, lui être contestés (1).

1072. Enfin, la radiation a lieu par suite de causes diverses. Ainsi, le créancier, mû par un sentiment de bienveillance, consent, pour ménager le crédit de son débiteur, à faire mainlevée de l'inscription qui pèse sur les immeubles de ce dernier : l'inscription n'a plus de raison d'être, et le débiteur en peut demander la radiation. — Ainsi encore, le prix produit par l'immeuble grevé est insuffisant pour désintéresser tous les créanciers, l'inscription de ceux qui ne viennent pas en rang utile n'a plus d'objet, et le juge-commissaire à l'ordre en ordonne la

---

posé, n'en produirait pas moins des effets définitifs au profit des tiers ayant traité avant le rétablissement de l'inscription. Du reste, s'il y a quelquefois une extrême urgence à constituer une hypothèque, il n'y en a jamais une aussi grande à la radier, et, pour le faire, les parties auront toujours le temps de s'adresser à un officier public. »

(1) Voy. Cass., 9 avr. 1856 (S.-V., 57, 1, 105).

radiation, aux termes de l'art. 759 du Code de procédure, dont la loi du 21 mai 1858 sur les Saisies immobilières et sur les Ordres maintient sur ce point la disposition. — Ainsi, enfin, l'inscription a été faite, suivant l'expression de l'art. 2160, sans être fondée ni sur la loi, ni sur un titre, ou en vertu d'un titre soit irrégulier, soit éteint ou soldé ; elle a été prise bien que les droits d'hypothèque ou de privilége fussent éteints par les voies légales : dans tous ces cas, l'inscription est sans cause, et la justice en doit ordonner la radiation.

On voit par là que la radiation, dans le système de la loi, est volontaire ou forcée. Mais elle a ses règles et ses conditions particulières, suivant qu'elle procède de la libre volonté du créancier ou d'une décision judiciaire. C'est ce qu'il faut expliquer maintenant ; après quoi nous nous occuperons des justifications à faire au conservateur des hypothèques par celui qui requiert la radiation ; des effets de la radiation, et de l'effet, à l'égard des tiers, du rétablissement d'une inscription indûment rayée.

II. — 1073. La radiation volontaire est, comme nous l'avons dit, celle qui procède de la libre volonté de la partie intéressée, c'est-à-dire du créancier titulaire de l'inscription. Et comme l'acte par lequel le créancier donne mainlevée de son hypothèque est en quelque sorte un acte libératoire participant de la nature des quittances, il s'ensuit qu'il est purement unilatéral, et n'a pas besoin, pour être parfait, du consentement ou de l'acceptation du débiteur. Le créancier ne pourrait donc, sauf le cas de dol ou de fraude, rétracter la mainlevée qu'il aurait librement consentie. (1) (Voy. néanmoins *infrà*, nos 1105 et suiv.)

1074. Néanmoins, l'acte de mainlevée est soumis à deux conditions essentielles. La première touche à la forme : l'acte de mainlevée doit être fait en la forme authentique ; cela résulte nettement de l'art. 2158. Déjà nous avons vu que, pour protéger le créancier contre des surprises possibles, la loi ne permet au cessionnaire de révoquer le domicile élu dans l'inscription qu'autant qu'il est cessionnaire *par acte authentique* (art. 2152 ; voy. *suprà*, n° 967) : c'était bien le moins, assurément, que la même garantie fût donnée au créancier quand il s'agit, non pas seulement de modifier l'inscription, mais de l'annihiler d'une manière complète. Ceci n'a pas besoin de commentaire.

Mais deux questions s'élèvent à ce propos : l'une de savoir si, sous le rapport de la forme, il en est de la procuration à l'effet de consentir mainlevée comme de l'acte de mainlevée lui-même ; l'autre de savoir si, quand l'acte de mainlevée est un acte notarié, il en doit rester minute. Toutefois, ces deux questions ne sont pas nouvelles dans notre sujet ; elles se présentent les mêmes sur d'autres points déjà étudiés, et auxquels nous rattachons nos solutions.

Ainsi, quant à la première question, elle est analogue à celle que fait naître l'art. 2127 relativement à l'acte constitutif d'hypothèque, lequel,

---

(1) Voy. Cass., 4 janv. 1831 (*J. Pal.*, à sa date ; Dall., 31, 1, 82 ; S.-V., 31, 1, 126). — *Junge* : Agen, 19 mai 1836 (S.-V., 36, 2, 404 ; Dall., 36, 2, 114).

d'après cet article, doit être fait aussi en la forme authentique. Nous avons établi, à cette occasion, que l'authenticité de la procuration donnée à l'effet de consentir hypothèque est une nécessité découlant du texte, qui veut l'authenticité pour l'acte constitutif lui-même (voy. *suprà,* nos 470 et 657). Nous disons la même chose ici, *mutatis mutandis,* et par les mêmes motifs, à savoir : que l'acte de mainlevée n'est pas seulement celui où le mandataire stipule au nom du mandant, que c'est encore, et surtout, celui où le mandant dépose sa volonté, et que l'authenticité étant exigée par la loi d'une manière absolue, il faut de toute nécessité qu'elle couvre ces deux parties du même tout. C'est l'opinion qui domine aujourd'hui, et elle a été consacrée législativement en Belgique par la loi du 16 décembre 1851 (1).

Quant à la seconde question, elle est analogue à celle qu'ont fait naître d'abord ce même art. 2127 et aussi l'art. 2148, à propos du titre représenté au conservateur par le créancier requérant inscription. Nous avons établi, sur ces deux points, que l'acte, s'il est notarié, est valable ou suffit, quoiqu'il n'en reste pas minute (voy. *suprà,* nos 665 et 942). De même, nous pensons que l'acte notarié de mainlevée satisfait aux exigences de l'art. 2158, bien qu'il n'ait été reçu qu'en brevet, cet article ne devant pas, sous le rapport qui nous occupe, être plus rigoureusement interprété que les art. 2127 et 2148 (2) : néanmoins, la pratique est contraire.

1075. La seconde condition intéresse le fond même des choses, en ce qu'elle touche à la capacité. Il ne suffit pas, en effet, que la partie intéressée consente la mainlevée de l'hypothèque, et que son consentement soit authentiquement constaté; il faut de plus qu'elle soit capable de consentir. Ici, comme pour la constitution d'hypothèque, la capacité est corrélative à l'acte envisagé dans sa nature. Ainsi, nous avons vu que la constitution d'hypothèque étant un acte d'aliénation, il faut, pour que la capacité à l'effet de constituer l'hypothèque soit acquise, non-seulement être propriétaire de l'immeuble hypothéqué, mais encore avoir la faculté d'en disposer (voy. *suprà,* nos 609 et suiv.). De même ici, l'acte de mainlevée étant un acte libératoire et participant de la nature de la quittance, ceux-là seuls ont la capacité requise pour le consentir, même gratuitement, qui ont la libre disposition de la créance pour sûreté de laquelle l'hypothèque avait été inscrite.

1076. D'après cela, la mainlevée d'une inscription hypothécaire serait vainement consentie par ceux qui, étant frappés d'une incapacité

(1) Voy. Lyon, 29 déc. 1827; Rej., 21 juill. 1830; Paris, 17 août 1843 (Dall., 28, 2, 105; 30, 1, 376; S.-V., 28, 2, 287; 31, 1, 921; *J. Pal.*, 1843, t. II, p. 699). Voy. aussi l'art. 92 de la loi belge du 16 déc. 1851. M. Martou (t. III, p. 242 et n° 1207). *Comp.* MM. Baudot (n° 950); Troplong (n° 741, en note). Toutefois, la simple renonciation à une inscription hypothécaire, avec obligation de donner mainlevée par acte notarié, serait valablement constatée par acte sous seing privé. Douai, 29 déc. 1863 (*J. Pal.*, 1864, p. 722; S.-V., 64, 2, 116).

(2) Voy. Rej., 18 juill. 1838 (*J. Pal.*, 1838, t. II, p. 491). La solution est consacrée par l'art. 93 de la loi belge du 16 déc. 1851. Voy. M. Martou (t. III, p. 283). — Voy. cependant MM. Duranton (t. XX, n° 193); Grenier (n° 525).

absolue, sont privés de la faculté de disposer des choses qui leur appartiennent : tel est l'interdit; tel est aussi le mineur (1), même le mineur émancipé, à moins, quant à celui-ci, qu'il ne s'agisse d'inscriptions prises à raison d'actes rentrant dans le droit d'administration à lui conféré par l'art. 481 du Code civil, par exemple pour sûreté des baux passés dans la mesure fixée par cet article : capable de recevoir ses revenus et d'en donner décharge, le mineur émancipé est par cela même capable de consentir, quand le bail est pleinement exécuté, la mainlevée que le fermier est en droit de lui demander, comme tout débiteur peut exiger la mainlevée du créancier vis-à-vis duquel il s'est valablement libéré.

1077. D'après cela encore, ceux dont la capacité est relative et n'existe que sauf l'assistance ou l'autorisation nécessaire pour les habiliter consentiraient inutilement, sans cette autorisation ou cette assistance, la mainlevée de leurs inscriptions hypothécaires — ainsi en est-il du mineur émancipé quant aux inscriptions garantissant le remboursement, non plus de ses revenus, mais de ses capitaux : comme il ne peut recevoir ces capitaux et en donner décharge sans l'assistance de son curateur (C. civil, art. 482), il ne peut pas, par cela même, faire mainlevée des inscriptions qui en assurent le remboursement, s'il n'est assisté du curateur : — ainsi en est-il aussi du prodigue auquel il a été donné un conseil judiciaire; comme il a besoin d'être assisté de ce conseil pour recevoir un capital mobilier et en donner décharge (art. 513), il ne peut pas non plus à lui seul et sans l'assistance de ce conseil consentir la radiation de l'hypothèque inscrite pour sûreté du capital : — ainsi en est-il de la femme mariée, en tant que le régime d'association conjugale sous lequel elle est placée lui interdit d'agir sans l'autorisation de son mari ou de la justice; comme l'administration des biens personnels de la femme est alors dévolue au mari (C. civ., art. 1422), la femme ne peut intervenir jamais ou procéder sans l'autorisation maritale, et, par conséquent, elle ne peut consentir la mainlevée des inscriptions hypothécaires sans cette autorisation. Quelques auteurs vont jusqu'à dire que l'autorisation est nécessaire même à la femme séparée de biens (2). Mais cette opinon n'est pas admissible : dans tous les cas où la femme trouve, soit dans la loi, soit dans ses conventions matrimoniales, le droit d'administrer tout ou partie de ses biens, de recevoir ses revenus ou même des capitaux, elle a corrélativement le droit de consentir seule à la radiation des inscription hypothécaires (3); l'autorisation du mari ou de la justice ne lui est néces-

(1) La mainlevée qui a pour objet l'hypothèque légale existant en faveur du mineur sur les biens du tuteur est nulle même quand elle émane du pupille après sa majorité, si elle est donnée avant la reddition du compte de tutelle. Caen, 17 déc. 1827; Dijon, 28 mars 1840 (S.-V., 28, 2, 170; 40, 2, 422; Dall., 28, 2, 92; 41, 2, 25). — Voy. aussi MM. Fréminville (*Des Min.*, t. II, n° 1159); Baudot (n° 934); Demolombe (t. VIII, n°s 64, 65).

(2) Voy. MM. Merlin (v° Aut. marit., sect. 7); Persil (art. 2157, n° 4); Grenier (n° 524); Battur (t. IV, n° 688).

(3) Voy. Turin, 19 janv. 1811 (S.-V., 13, 2, 359). — *Junge :* MM. Delvincourt (t. III, p. 182); Dalloz (*Rép.*, v° Hyp. et Priv., p. 441, n° 7); Duranton (t. XX, p. 190); Bau-

saire, pour faire la mainlevée de l'inscription, que lorsqu'elle a aliéné, en se mariant, son droit d'administration ; et, pourvu qu'il ne lui soit pas interdit de renoncer à ses droits hypothécaires, cette autorisation lui suffit alors, même quand la mainlevée a pour objet l'inscription de son hypothèque légale (1), en tant que, dans ce cas, la radiation n'a pas lieu directement en faveur du mari (*suprà*, nos 454 et 533).

Du reste, nous supposons dans tout ceci que la radiation est consentie par le mineur émancipé, par le prodigue, par la femme mariée, en même temps qu'ils reçoivent le payement de la créance à la sûreté de laquelle les immeubles du débiteur étaient engagés. Que si la mainlevée était demandée après le payement fait au mineur ou au prodigue dûment assisté, ou à la femme dûment autorisée, nous serions disposé à penser, avec M. Duranton, qu'ils pourraient à eux seuls, et sans assistance ou autorisation, consentir une mainlevée qui, alors, ne serait plus que la suite et le complément de l'acte important, de l'acte de libération dont la régularité suffirait à couvrir tout le reste (2).

1078. D'après cela, enfin, les administrateurs ou mandataires légaux de ceux qui sont incapables ou empêchés d'agir, comme les tuteurs, les maris, les envoyés en possession des biens d'un absent, peuvent affranchir les immeubles de l'hypothèque acquise à ceux qu'ils représentent, puisqu'ils peuvent recevoir les capitaux mobiliers qui sont dus à ceux-ci ; mais au moins faut-il que l'affranchissement de l'immeuble soit la conséquence du payement fait par le débiteur au mandataire légal de l'incapable. On a prétendu cependant que les tuteurs, les maris, les envoyés en possession, pouvant recevoir les sommes mobilières dues au mineur, à la femme mariée, à l'absent, et, par cela même, les dissiper et les perdre, peuvent à plus forte raison affranchir les immeubles grevés, alors même qu'ils ne reçoivent pas le payement de la dette (3).

Mais il n'est pas possible d'argumenter d'un fait illicite et désavoué par la loi, à savoir du fait que le mandataire légal peut perdre ou dissiper les sommes qu'il reçoit au nom et pour le compte de celui qu'il représente, pour en conclure qu'*en droit* il peut à son gré compromettre les créances dues à ce dernier, en faisant remise des sûretés qui garantissent le remboursement de ces créances. C'est là un droit qui ne saurait appartenir qu'au propriétaire, au maître de la chose; or, le mandataire légal dont nous parlons ici est administrateur seulement : nous disons donc, avec la majorité des auteurs, que s'il peut faire seul mainlevée des inscriptions hypothécaires prises dans l'intérêt du créancier qu'il représente, c'est seulement quand la mainlevée est la conséquence d'un payement fait par le débiteur (4). Telle est aussi la solu-

---

dot (n° 905); Troplong (n° 738 *bis*); Martou (n° 1189); Aubry et Rau (t. II, p. 827; 4e édit., t. III, p. 387); Boulanger (*Rad. hyp.*, n° 134).

(1) Voy. Cass., 12 févr. 1811; Metz, 13 déc. 1854 (S.-V., 55, 2, 193; *J. Pal.*, 1855, t. II, p. 324).

(2) Voy. M. Duranton (t. XX, n° 186). — *Junge :* M. Martou (n° 1185).

(3) Voy. MM. Tarrible (v° Rad. hyp., n° 2); Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 504).

(4) Voy. la Lettre des ministres de la justice et des finances du 14 niv. an 13 (Sirey, 19, 1, 111); et MM. Delvincourt (t. III, p. 182, note 6); Grenier (n° 521); Persil

tion de la jurisprudence : on y voit, d'une part, que la mainlevée d'une inscription prise par la femme pour sûreté de ses droits sur les biens vendus par son mari ne peut être valablement consentie, *à moins que la femme n'ait touché le prix en remboursement de sa dot* (1), et même à moins que le remboursement n'ait été accompagné des conditions de remploi imposées par le contrat de mariage (2); d'une autre part, que le tuteur ne peut seul, et sans l'autorisation du conseil de famille, donner mainlevée des inscriptions hypothécaires prises au nom du mineur ou de l'interdit *avant que celui-ci soit désintéressé* (3), ni même consentir la translation d'une hypothèque spéciale inscrite au nom de son pupille sur d'autres biens offerts par le débiteur (4).

1079. Ce que nous disons du tuteur, du mari, de l'envoyé en possession des biens d'un absent, il faut le dire également de l'héritier grevé de substitution, de l'héritier bénéficiaire, du curateur à une succession vacante. Ils peuvent, en leur qualité, donner valablement mainlevée des inscriptions hypothécaires dès qu'ils reçoivent le payement des créances inscrites. Il faut le dire encore de tout associé gérant, et qui tient de sa qualité le pouvoir de toucher la créance (5).

1080. Que s'il s'agit d'une inscription prise en vertu d'une obligation hypothécaire *au porteur*, la radiation peut avoir lieu sur le consentement et la mainlevée donnée par tout porteur de l'obligation, sans qu'il soit nécessaire de demander le consentement et la mainlevée de celui au nom duquel l'inscription a été requise (6).

1081. Quant aux inscriptions prises dans l'intérêt des établissements de charité, des communes, des départements ou de l'État, la capacité à l'effet d'en consentir la radiation est réglée par des décisions particulières. — Ainsi, il résulte de la jurisprudence qu'un maire n'a pas capacité pour donner seul, et sans le consentement du conseil municipal, mainlevée des inscriptions prises au profit de sa commune, et que, même avec l'autorisation du conseil municipal, la mainlevée donnée par le maire ne serait pas valable, le droit de la donner n'appartenant qu'au receveur municipal (7). — Un décret du 14 thermi-

---

(art. 2157, nº 7); Dalloz (*loc. cit.*, nºs 5 et 6); Duranton (t. XX, nº 190); Zachariæ (t. II, p. 189); Troplong (nº 738 *bis*); Baudot (nº 923); Martou (1190).

(1) Voy. Caen, 18 août 1829; Grenoble, 8 mars 1834; Rouen, 8 févr. 1842 (S.-V., 31, 2, 173; 34, 2, 446; 42, 2, 171; Dall., 35, 2, 37).

(2) Voy. Cass., 9 juin 1841 (S.-V., 41, 1, 468).

(3) Voy. Rej., 22 juin 1818 (Dall., *Rec. alph.*, t. IX, p. 447; S.-V., 19, 1, 111).

(4) Metz, 18 juin 1824 (Dall., *ibid.*, p. 116; S.-V., 25, 2, 329).

(5) Toulouse, 2 août 1861 (S.-V., 62, 2, 33; J. *Pal.*, 1862, p. 926). Voy. aussi Rej., 19 août 1845 (*J. Pal.*, 1845, t. II, p. 167; Dall., 45, 1, 357; S.-V., 45, 1, 707). L'arrêt décide qu'un associé en nom collectif a qualité pour donner mainlevée d'une inscription hypothécaire constituée au profit de la société, alors d'ailleurs que l'acte de mainlevée porte qu'il a été passé en présence des autres associés, ce qui ne fait nul doute au cas particulier. Mais, en thèse générale, il suffit que l'associé soit administrateur pour qu'il touche les créances et donne valablement mainlevée. Voy. MM. Aubry et Rau (*loc. cit.*, note 5). Voy. cependant M. Baudot (nºs 968 et suiv.).

(6) Voy. Bordeaux, 7 févr. 1846 (*J. Pal.*, 1846, t. I, p. 742; S.-V., 46, 2, 321). — Voy. aussi Colmar, 3 mars 1847 (Dall., 48, 5, 312; *J. Pal.*, 1849, t. II, p. 195).

(7) Voy. Douai, 29 nov. 1834 (Dall., 38, 2, 147; S.-V., 35, 2, 51). Voy. *infrà*, nº 1102, *in fine*.

dor an 10 dispose que les receveurs des établissements de charité ne peuvent consentir volontairement aucune radiation, changement ni limitation d'inscription hypothécaire, qu'en vertu d'une décision spéciale du conseil de préfecture, prise sur une proposition formelle de l'administration etsur l'avis du comité consultatif établi près de chaque arrondissement communal. — Enfin, une Lettre ministérielle du 21 floréal an 9 décide que les inscriptions prises par les préposés de la Régie pour la conservation des créances de l'État, dont le recouvrement leur est confié, ne peuvent être rayées qu'en vertu de l'autorisation expresse du préfet.

III. — 1082. La radiation forcée est, comme nous l'avons dit plus haut, celle qui est ordonnée par la justice dans les cas déterminés par la loi, et notamment par l'art. 2160. Ainsi, on a pris inscription pour une créance à laquelle n'accède aucune hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, la radiation doit être ordonnée, car l'inscription a été faite sans être fondée ni sur la loi, ni sur un titre (art. 2160). — L'inscription a été faite en vertu d'un acte sous seing privé, la radiation en doit être ordonnée, car elle a été prise en vertu d'un titre irrégulier (même article); il en serait de même, quoique l'article 2160 ne le dise pas, si l'irrégularité portait sur l'inscription elle-même, par exemple si elle manquait de l'une des énonciations nécessaires à la validité, comme la désignation du débiteur l'indication du montant de la créance, la désignation de l'immeuble grevé (voy. *suprà* le commentaire de l'art. 2148). — L'inscription a été prise pour sûreté d'une créance qui depuis s'est éteinte par remboursement, remise de la dette, compensation, novation, même par prescription, la radiation doit être ordonnée, car l'inscription procède désormais d'un titre éteint ou soldé (art. 2160) (1). — L'immeuble grevé du privilége ou de l'hypothèque a été vendu, et l'acquéreur a regulièrement accompli les formalités de la purge, la radiation de l'inscription doit être ordonnée, car l'*immeuble* est affranchi désormais de l'hypothèque ou du privilége par une voie légale (même article) (2).

Mais par qui la radiation peut-elle être demandée? Quelles sont les formes et les conditions de la demande? Quel est le tribunal compétent pour y statuer? A quelles conditions la radiation peut-elle être effectuée? Ce sont autant de points à préciser.

1083. Nous nous sommes expliqué déjà sur le premier : la radiation, comme nous l'avons dit, peut être requise par toutes les parties intéressées, c'est-à-dire par le débiteur lui-même, par les créanciers inscrits après celui dont l'inscription est à rayer, par le tiers acquéreur de l'immeuble grevé (voy. *suprà,* n° 1071). Ajoutons seulement ici que,

---

(1) Jugé que celui qui a pris inscription en vertu d'une stipulation de garantie peut être contraint à la mainlevée de son inscription, alors qu'il ne peut plus indiquer un danger réel qui soit à craindre pour lui; il ne lui suffirait pas d'exciper vaguement de dangers possibles. Limoges, 9 mai 1812 (Dall., *Rec. alph.*, t. IX, p. 227).

(2) Jugé que l'adjudicataire ne peut demander en justice la mainlevée des inscriptions qu'après avoir payé ou consigné son prix, et sur le refus des créanciers de donner cette mainlevée. Orléans, 22 août 1834 (S.-V., 35, 2, 121).

dans un cas particulier, le débiteur ne saurait être admis à former la demande : c'est lorsque la radiation peut être demandée pour irrégularité de l'inscription en ce que toutes les énonciations nécessaires à sa validité n'y auraient pas été faites (1). Nous avons vu plus haut que même le défaut d'inscription ne peut pas être opposé par le débiteur, parce que ce n'est pas pour lui ni dans son intérêt que la publicité a été instituée (voy. n° 780) : il y a même motif, lorsque l'inscription est irrégulière, de décider qu'il n'appartient pas au débiteur d'opposer l'irrégularité.

1084. Quant aux formes de la demande, elles sont réglées, comme nous l'avons dit aussi, par la disposition de l'art. 2156 (voy. n° 1068). L'action sera donc intentée contre le titulaire de l'inscription attaquée, et cela même quand il s'agirait de l'inscription prise d'office par le conservateur pour le privilége du vendeur (2). Elle sera faite en la forme ordinaire des exploits, et notifiée, soit à la personne du créancier titulaire de l'inscription, soit au dernier des domiciles élus sur le registre, et ce nonobstant le décès soit du créancier, soit de ceux chez lesquels il aurait fait élection de domicile (3).

1085. D'ailleurs c'est là une action principale : il s'ensuit qu'elle est sujette à la règle des deux degrés de juridiction. La Cour de Paris a très-exactement décidé, en conséquence, que lorsqu'un arrêt a annulé le jugement en vertu duquel une inscription hypothécaire avait été prise, la demande en radiation formée par suite doit être portée, non pas *de plano* devant la Cour comme exécution de l'arrêt (C. proc., art. 472), mais devant le tribunal de première instance, comme action principale (4). Et le Cour de Caen a consacré nettement le principe dans les diverses applications qu'il comporte, en jugeant par un même arrêt, d'une part, que le jugement rendu sur la demande en mainlevée d'une inscription requise par un acquéreur sur les biens du vendeur pour garantie de tous troubles et évictions, alors même que l'inscription aurait été prise provisoirement pour une somme moindre de 1 500 francs, est en premier ressort, l'action étant alors tout à la fois réelle et indéterminée; et, d'une autre part, que le jugement qui intervient sur la demande en mainlevée d'une inscription prise pour sûreté d'une obligation moindre de 1 500 francs est en dernier ressort, la demande étant dans ce cas personnelle et mobilière, et n'ayant rien d'indéterminé (5).

1086. L'action est-elle soumise au préliminaire de conciliation? Ce

---

(1) Besançon, 22 juin 1809; Paris, 16 mai 1822. Voy. aussi MM. Merlin (*Quest.*, v° Inscript. hyp., § 1); Zachariæ (t. II, p. 145, note 2).

(2) Nîmes, 27 juin 1838 (S.-V., 38, 2, 504).

(3) Voy. Lyon, 12 juill. 1826; Paris, 15 mars 1838; Rej., 14 févr. 1843 (*J. Pal.*, 1838, t. I, p. 516; 1843, t. I. p. 393; Dall., 43, 1, 148; S.-V., 38, 2, 169; 43, 1, 202).

(4) Paris, 23 mai 1817 (Dall., *Rec. alph.*, t. IX, p. 449, note 4; S.-V., 18, 2, 20). Voy. aussi M. Troplong (n° 744 *bis*).

(5) Caen, 13 nov. 1839 (*J. Pal.*, 1840, t. I, p. 664; S.-V., 40, 2, 25; Dall., 41, 2, 33). — *Junge* : Liége, 20 janv. 1828; Orléans, 27 mai 1836; Agen, 30 janv. 1845; Toulouse, 8 mars 1847 (Dall., 45, 2, 76; 47, 2, 83).

dernier arrêt, et d'autres encore, se prononcent pour l'affirmative (1); mais cette solution est contestée en ce que, dit-on, il est rare qu'en pareille matière la demande ne soit pas urgente (2). Nous la croyons néanmoins exacte en principe. L'art. 49 du Code de procédure énumère les demandes qui de leur nature sont considérées comme urgentes et, à ce titre, sont dispensées du préliminaire de conciliation. Or les demandes en mainlevée d'inscription ne s'y trouvent pas comprises; il ne faut donc pas les y placer *à priori,* d'autant plus qu'une demande en mainlevée d'inscription n'est pas par elle-même et nécessairement urgente. Seulement, il en est surtout de cette demande comme de beaucoup d'autres dont l'art. 49 du Code de procédure ne parle pas non plus : dans une infinité de circonstances, elle peut requérir célérité. Qu'elle arrive directement alors devant le tribunal de première instance sans suivre la marche ordinaire, sans passer par le préliminaire de conciliation, rien de mieux; c'est ce qui a été décidé par la Cour de Limoges dans un cas où l'existence des inscriptions retardait le payement de deniers exigibles (3). Mais ce sont là des exceptions, et, quelque fréquentes qu'elles puissent être, elles n'infirment pas la règle de l'art. 48 du Code de procédure, d'après lequel toute action principale, introductive d'instance, est soumise au préliminaire de conciliation.

IV. — 1087. Passons maintenant à la compétence. Indiquée d'une manière générale par l'art. 2156 pour les actions auxquelles les inscriptions peuvent donner lieu contre les créanciers, la compétence est fixée spécialement par l'art. 2159 pour le cas dont nous nous occupons ici, celui où il s'agit de demander la mainlevée et la radiation des inscriptions.

1088. Quoi qu'en aient dit les auteurs à peu près unanimement, l'action qui tend à la mainlevée d'une inscription n'est pas nécessairement *réelle,* et ce n'est pas par application du § 3 de l'art. 59 du Code de procédure, comme on l'enseigne généralement, que l'art. 2159 veut que « la radiation non consentie soit demandée au tribunal *dans le ressort duquel l'inscription a été faite* », c'est-à-dire au tribunal de la situation (voy. *suprà,* sur l'art. 2146, nos 865 et suiv.). En effet, l'action en remise et délivrance *d'un titre* prouvant mes droits incontestés sur un immeuble n'est pas une action immobilière, ni réelle : c'est une action qui a pour objet de contraindre celui qui détient le titre à s'exécuter dans la délivrance qu'il m'a promise d'un papier qu'il retient. L'obligation de remettre ou fournir des pièces promises, même relativement à un immeuble, c'est tout bonnement une obligation *de faire.* — De même, quand j'ai payé ma dette hypothécaire, et que je requiers mainlevée, l'obligation de mon ancien créancier est de me

(1) Voy., outre l'arrêt de Caen cité à la note précédente, Montpellier, 3 févr. 1816 (S.-V, Coll. nouv., 5, 2, 99).
(2) Voy. MM. Grenier (t. I, n° 96); Troplong (n° 744 *bis*).
(3) Voy. Limoges, 11 mars 1845 (Dall., *Rép.*, v° Conciliation, n° 190).

fournir une mainlevée d'inscription : c'est encore une obligation consistant *in faciendo*. Je ne demande pas l'affranchissement de mon immeuble; il est affranchi par le payement que j'ai fait, et dont j'ai la preuve (voy. *infrà*, nos 1104 et suiv.). Tout ce que je demande, c'est que vous détruisiez *les traces civiles de l'affectation qui a pesé sur mon immeuble :* c'est votre devoir; je vous actionne donc afin que vous fassiez la chose demandée. Il n'y a là rien d'immobilier ni de réel : c'est une action *personnelle*. Ainsi, ce n'est pas parce que les demandes en radiation sont toujours *réelles* que l'art. 2159 a été écrit; c'est par *mesure d'uniformité* que le Code civil a voulu que l'action fût portée devant le tribunal dans le ressort duquel l'inscription avait été faite. — En ce sens, la Cour de Caen a pu juger que la demande en mainlevée de l'hypothèque légale d'une femme, avec offre de lui en rembourser les causes, est valablement intentée par le tiers détenteur devant le tribunal de la situation de l'immeuble grevé, encore que ce tribunal ne soit pas celui du lieu où la succession du mari s'est ouverte (1).

Que si, les immeubles grevés se trouvant situés dans divers arrondissements, l'inscription avait été prise dans les divers bureaux de la situation (voy. *suprà*, n° 867), il suffirait de porter la demande devant un seul des tribunaux, et le jugement qui interviendrait s'exécuterait dans les divers bureaux où l'inscription aurait été prise.

1089. D'ailleurs, suivant l'Avis du conseil d'État du 16 thermidor an 12, apprécié déjà à un autre point de vue, c'est la marche à suivre même pour les demandes en mainlevée et radiation d'inscriptions prises en vertu de condamnations prononcées ou de contraintes décernées par l'autorité administrative, à moins toutefois que le fond du droit ne soit contesté, auquel cas les parties doivent être renvoyées devant l'autorité administrative. (Voy. le texte de l'Avis, *suprà*, n° 582.)

1090. Mais précisément parce que l'attribution faite ici au tribunal de la situation ne procède pas de l'observation rigoureuse des règles de la compétence, la disposition n'est pas d'ordre public, et elle n'est même pas absolue.

En effet, d'une part, l'art. 2159 lui-même permet aux parties d'y déroger; c'est ce qu'il exprime dans sa disposition finale, aux termes de laquelle « la convention faite par le créancier et le débiteur de porter, en cas de contestation, la demande à un tribunal qu'ils auraient désigné, recevra son exécution entre eux. » Notons qu'il ne serait pas même besoin d'une convention expresse. Si le débiteur portait sa demande en radiation devant un autre tribunal que celui de la situation de l'immeuble hypothéqué, et si le créancier l'y suivait pour défendre sur la demande sans opposer l'exception d'incompétence, il y aurait là l'équivalent d'une convention expresse : ce serait, de la part des parties, un

---

(1) Voy. Caen, 27 avr. 1853 (*Rec. des arrêts des Cours de Caen et de Rouen*, t. XVII, p. 176).

consentement tacite à être jugées par le tribunal saisi de la demande, et il n'appartiendrait pas à ce tribunal de suppléer d'office l'exception d'incompétence, et de se dessaisir.

Ajoutons, d'ailleurs, que lorsque le créancier et le débiteur ont dérogé par leur convention à l'attribution faite par l'art. 2159, la convention ne lie en aucune manière les tiers : elle est faite seulement pour le créancier et pour le débiteur, et, suivant l'expression de la loi, elle ne doit recevoir son exécution qu'*entre eux*. Le tiers détenteur qui aurait à demander la radiation de l'inscription pourrait sans doute, comme exerçant les droits du débiteur, profiter de la convention s'il avait avantage à porter sa demande devant le tribunal convenu, mais il ne serait pas obligé par la convention; et, quant à lui, il resterait libre de saisir de sa demande le tribunal de la situation (1).

1091. D'une autre part, l'art. 2159 lui-même montre que la disposition n'en est pas absolue; car il réserve formellement le cas où l'inscription, dont la radiation est demandée, « a eu lieu pour sûreté d'une condamnation éventuelle ou indéterminée, sur l'exécution ou liquidation de laquelle le débiteur et le créancier prétendu sont en instance ou doivent être jugés dans un autre tribunal » que celui de la situation de l'immeuble grevé; et il dispose que, dans ce cas, « la demande en radiation doit être portée ou renvoyée » à ce tribunal devant lequel le débiteur et le créancier sont en instance ou par lequel ils doivent être jugés.

1092. Mais la disposition en ce point est-elle limitative? et l'exception n'est-elle possible que dans le cas où l'hypothèque inscrite dérive d'un *jugement* et *a pour cause une condamnation éventuelle ou indéterminée*, sur l'exécution ou la liquidation de laquelle le créancier et le débiteur sont en instance ou doivent être jugés dans le tribunal qui a prononcé la condamnation? M. Tarrible, s'attachant rigoureusement à la lettre de la loi, répond que « la réunion seule de toutes ces conditions peut déterminer l'attribution des demandes en radiation à un tribunal autre que celui où sont situés les biens hypothéqués. » (2) Et nous trouvons la trace de cette doctrine dans un arrêt de la Cour de cassation (3), duquel il résulte que lorsqu'une inscription a été prise pour une somme *déterminée* et exigible *à époque fixe*, la demande en radiation doit être portée devant le tribunal de la situation des biens, encore que les parties soient en instance devant un autre tribunal, l'exception faite par l'art. 2159 s'appliquant seulement au cas où l'inscription a eu lieu pour sûreté d'une *condamnation éventuelle ou indéterminée*.

Néanmoins, cette doctrine a été généralement repoussée, et cela

(1) Voy. MM. Persil (art. 2159, n° 6); Tarrible (v° Radiation, n° 10); Troplong (n° 743); Martou (n° 1234).

(2) Voy. M. Tarrible (v° Rad., n° 10). Voy. aussi Caen, 19 févr. 1866 (*J. Pal.*, 1866, p. 935; S.-V., 66, 2, 253).

(3) Voy. Req., 24 avr. 1810. — Voy. aussi Paris, 9 mars 1813 (S.-V., 14, 2, 136; Dall., *Rec. alph.*, t. 1, p. 225).

devait être. Dès que le sort de l'inscription dont la radiation est demandée dépend d'un jugement à intervenir sur des contestations pendantes ou qui doivent être portées devant un autre tribunal que celui de la situation des immeubles grevés, il importe peu que l'inscription procède d'une condamnation judiciaire ou d'un titre conventionnel, et qu'elle ait été prise pour sûreté de créances éventuelles et indéterminées ou de sommes liquides, certaines et exigibles à époque fixe. Si, dans la première hypothèse, littéralement prévue par l'art. 2159, le législateur fait fléchir la disposition qui attribue au tribunal de la situation la connaissance de la demande en radiation, c'est évidemment qu'il est rationnel de ne pas séparer deux demandes intimement liées entre elles, et, lorsque l'une de ces demandes est essentiellement préjudicielle, de donner aux juges que les règles ordinaires de la compétence appellent à connaître de celle-ci la connaissance et le jugement de l'autre. Or le cas est identique dans la seconde hypothèse, et la raison de décider est exactement la même : comment la disposition de la loi ne fléchirait-elle pas également? Il faut donc compléter le texte, et dire que, même lorsqu'il s'agit d'une hypothèque *conventionnelle* ou *légale,* même lorsque cette hypothèque garantit des créances *liquides* et *exigibles,* s'il arrive que les parties soient en contestation sur le principal, c'est-à-dire sur la dette elle-même, la demande en radiation de l'inscription doit être portée ou renvoyée devant le tribunal qui est saisi ou doit être saisi de la contestation sur le principal. Telles sont, d'ailleurs, les données de la doctrine et de la jurisprudence (1); et les projets de réforme dont le régime hypothécaire a été l'objet les avaient résumées de la manière la plus nette, en disant que « la demande en radiation serait portée devant le tribunal de la situation des biens, *sauf le cas où elle formerait l'accessoire d'une autre action dont la connaissance appartiendrait à un tribunal différent.* » (2)

V. — 1093. Nous arrivons enfin à l'exécution du jugement rendu sur la demande en radiation, c'est-à-dire à la radiation elle-même. Ici la loi est précise : la radiation ne peut être opérée, d'après l'art. 2157, qu'en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée. Ceci est à la radiation *forcée* ce qu'est le consentement à la radiation *volontaire :* c'en est la condition essentielle. Ainsi, tant qu'un jugement prononçant la radiation est susceptible d'opposition ou d'appel, c'est-à-dire tant que les délais de l'appel ou de l'opposition ne seront pas expirés, la radiation de l'inscription ne pourra pas être

---

(1) Voy. MM. Grenier (t. I, nos 94, 188, 189); Persil (art. 2156 et 2159, n° 3); Duranton (t. XX, n° 205); Aubry et Rau (t. II, p. 831 et note 22; 4e édit., t. III, p. 392, note 24); Troplong (n° 702); Martou (n° 1231). Voy. aussi C. cass., 1er flor. an 12, 29 brum. an 13, 5 mars 1812, 11 févr. 1834 (S.-V., 35, 1, 475; Dall., 34, 1, 216). Ce dernier arrêt juge même que le *tribunal de commerce* peut, en prononçant la nullité d'un acte, ordonner la radiation des inscriptions hypothécaires prises en vertu de cet acte, lorsque la radiation n'a été demandée et ordonnée que comme suite nécessaire de l'annulation de l'acte qui leur servait de base. *Comp.* Caen, 13 févr. 1865 (*J. Pal.*, 1865, p. 691; S.-V., 65, 2, 138).

(2) Voy. l'art. 2194 des projets préparés par la commission de l'Assemblée législative, et le Rapport de M. de Vatimesnil (p. 102).

exigée (1), à moins que le requérant ne justifie d'un acquiescement, par la partie condamnée, au jugement qui ordonne la radiation (2); car jusque-là le jugement n'est pas en dernier ressort, et il n'est pas passé en force de chose jugée. Mais dès que les délais de l'opposition et de l'appel sont expirés, la radiation peut être requise; et le jugement fût-il susceptible d'être attaqué par la voie de la requête civile ou du recours en cassation, la radiation requise n'en devrait pas moins être effectuée, puisque, en principe, ces voies extraordinaires de recours ne suspendent pas l'exécution.

Que si le jugement de radiation était déclaré exécutoire par provision nonobstant appel ou opposition, il y aurait exception à toutes ces règles. La radiation étant requise, le conservateur devrait l'opérer sans s'occuper de savoir si la partie condamnée est encore dans les délais de l'opposition ou de l'appel; il ne devrait s'y refuser que si la partie condamnée avait obtenu et lui avait notifié les défenses dont il est question à l'art. 459 du Code de procédure (3).

Tout ceci est sans difficulté quant au principe; les doutes qui peuvent surgir portent sur les justifications que le conservateur est en droit d'exiger avant d'opérer la radiation, et nous y allons revenir tout à l'heure (voy. nos 1100 et suiv.). Nous avons à nous prononcer auparavant sur deux points qui se rattachent aux conditions de la radiation même : l'un relatif aux parties entre lesquelles le jugement doit être prononcé; l'autre, à la signification qui en doit précéder l'exécution.

1094. Sur le premier point, la question est de savoir si le jugement ordonnant la radiation non consentie doit être rendu avec toutes les parties intéressées. La Cour de Paris a statué là-dessus dans un arrêt par lequel elle décide que lorsqu'un jugement passé en force de chose jugée prononce la résolution d'une vente, et ordonne la radiation des inscriptions hypothécaires prises du chef de l'acquéreur, le conservateur ne peut se refuser à opérer cette radiation, sous le prétexte que les créanciers inscrits n'ont pas été parties dans l'instance en résolution et ne donnent pas leur consentement à la radiation demandée (4). La Cour a considéré « que l'on ne saurait forcer le vendeur à appeler dans

(1) Voy. Paris, 14 mai et 26 août 1808; la Martinique, 19 mars 1842 (S.-V., 44, 2, 29). *Sic :* MM. Delvincourt (t. III, p. 620); Persil (*Quest.*, t. II, p. 22); Grenier (no 526); Troplong (no 739); Martou (no 1220). *Comp.* Bordeaux, 9 déc. 1858 (S.-V., 59, 2, 193; *J. Pal.*, 1860, p. 1127. — Voy. cependant Paris, 14 fruct. an 12; Bordeaux, 6 pluv. an 13; et MM. Pigeau (t. II, p. 427); Berriat Saint-Prix (p. 569, no 11); Thomine-Desmazures (t. II, no 602).

(2) Voy. Trib. de Châteauroux, 29 nov. 1852 (*J. Pal.*, 1852, t. I, p. 612, en note; S.-V., 52, 2, 631; Dall., 54, 5, 434). Une Instruction de la régie, du 15 niv. an 13, décide, en ce sens, que lorsqu'un jugement d'ordre prescrit la radiation des inscriptions qui ne viennent point utilement sur le prix, le conservateur est tenu de faire la radiation, même avant que les délais pour appeler du jugement soient expirés, s'il ne s'est élevé dans le cours de l'ordre aucune contestation relative aux créances colloquées, le défaut de contestation tenant lieu d'acquiescement. — Voy. cependant Rouen, 8 févr. 1842 (*J. Pal.*, 1842, t. I, p. 608; Dall., 42, 2, 93; S.-V., 42, 2, 271).

(3) Voy. Décis. min. du 25 fruct. an 12. — *Junge :* MM. Persil (art. 2157, no 20); Zachariæ (t. II, p. 190 et note 9); Martou (no 1223).

(4) Voy. Paris, 12 avr. 1853 (*J. Pal.*, 1855, t. I, p. 612; S.-V., 53, 2, 631; Dall., 54, 5, 434).

l'instance les créanciers inscrits de l'acquéreur, avec lesquels il n'a pas contracté, *qui n'ont d'autres droits que ceux de leur débiteur, et qui, par conséquent, n'ont aucune voie de recours contre le jugement qui a été rendu avec la seule partie capable de défendre à l'action.* » Nous opposons à cette doctrine la jurisprudence qui, rompant avec les traditions suivies jusqu'en 1841, a fini par reconnaître, comme nous l'avons indiqué plus haut (voy. n° 647), que les créanciers hypothécaires, à la différence des chirographaires, ne sont pas représentés par leur débiteur dans les procès où sont mis en question les droits de ce dernier sur l'immeuble hypothéqué. Et à la doctrine de l'arrêt de Paris nous préférons de beaucoup celle d'un jugement rendu par le tribunal de Châteauroux (1), où il est dit « que, par les mots *parties intéressées* de l'art. 2157, la loi désigne évidemment les créanciers inscrits, qui, en effet, ont principalement intérêt à la conservation de l'inscription par eux prise; que lorsque le jugement de radiation n'a été rendu qu'avec l'acquéreur, et hors la présence des créanciers titulaires des inscriptions, il est vrai de dire qu'il n'a pas été rendu avec les parties intéressées; que cela ne signifie pas sans doute qu'une demande en resolution de contrat de vente pour défaut de payement de prix ne procède bien qu'autant que tous les créanciers inscrits du chef de l'acquéreur sont appelés en jugement commun, ce qui serait souvent difficile, et quelquefois impossible, au cas de survenance d'inscriptions au cours de l'instance; mais que si la résolution peut être prononcée contre l'acquéreur seul, il faut au moins que le vendeur réclame ensuite des créanciers inscrits la radiation de leurs inscriptions, sauf, en cas de refus, à la poursuivre judiciairement à leurs frais. » (2)

1095. Sur le second point, une chose est hors de doute : le jugement qui prononce une radiation d'inscription ne saurait recevoir son exécution sans qu'il ait été préalablement signifié. Cela résulte, quant aux jugements contradictoires, de l'art. 147 du Code de procédure, et, quant aux jugements par défaut, de l'art. 155 du même Code; et il y en a la confirmation virtuelle dans l'art. 458, aux termes duquel les jugements prononçant une mainlevée, une radiation d'inscription hypothécaire, un payement, ou quelque autre chose à faire par un tiers ou à sa charge, ne sont exécutoires par les tiers ou contre eux, même après les délais de l'opposition ou de l'appel, que sur le certificat de l'avoué de

(1) C'est le jugement du 29 nov. 1852, déjà cité à l'une des notes précédentes.

(2) La Cour de cassation a jugé de même que le jugement qui prononce la résolution d'une vente pour défaut de payement du prix n'étant pas, dans tous les cas, opposable aux créanciers hypothécaires de l'acquéreur inscrits sur l'immeuble vendu, mais n'ayant force de chose jugée contre eux que lorsqu'ils se bornent à faire valoir les droits qu'ils tiennent de leur débiteur, et non lorsqu'ils invoquent des droits personnels, le conservateur des hypothèques ne saurait être tenu, sur la seule production d'un tel jugement, d'opérer la radiation des inscriptions de ces créanciers : le vendeur ne peut exiger cette radiation qu'en rapportant l'acquiescement des créanciers au jugement dont il s'agit, ou un autre jugement rendu avec eux. Cass., 6 déc. 1859 (S.-V., 60, 1, 9; *J. Pal.*, 1861, p. 413; Dall., 60, 1, 17). Voy. aussi Bordeaux, 19 mars 1860 (*J. Pal.*, 1861, p. 333). *Sic :* MM. Persil (t. II, n° 27); Grenier (t. I, n° 529); Duranton (t. XX, n° 433); Aubry et Rau (t. II, p. 831; 4ᵉ édit., t. III, p. 391); Martou (n° 1219).

la partie poursuivante, *contenant la date de la signification du jugement faite au domicile de la partie condamnée*, et sur l'attestation du greffier constatant qu'il n'existe contre le jugement ni opposition ni appel. Ainsi, il ne suffira pas que le jugement de radiation soit en dernier ressort ou qu'il soit passé en force de chose jugée; il faudra de plus qu'il ait été signifié pour que l'exécution en puisse être obtenue.

1096. Mais comment et où la signification doit-elle être faite? Est-ce au domicile réel de la partie condamnée? Est-ce au dernier des domiciles élus sur le registre? Sur ceci s'élève, au contraire, une très-grave controverse. Deux décisions ministérielles, en date des 21 juin et 5 juillet 1808, ont décidé positivement que le jugement de radiation doit être signifié au domicile réel de la partie condamnée, et, partant, que la signification faite au domicile d'élection serait insuffisante. Et cette doctrine est admise aujourd'hui par la majorité des auteurs et par les arrêts qui l'appliquent soit aux jugements contradictoires, soit aux jugements par défaut (1).

Nous ne croyons pas cependant que cette solution soit la meilleure. L'art. 111 du Code civil permet de dire, en thèse générale, qu'en ce qui concerne les significations ayant rapport à l'exécution de l'acte pour lequel une élection de domicile a été faite, le domicile élu remplace en tous points le domicile réel, de sorte que l'on peut faire utilement à ce domicile les significations qui pourraient être faites au domicile réel. Mais ceci est vrai surtout dans notre cas particulier : car si la signification du jugement de radiation au domicile d'élection est interdite, comment ce jugement pourrait-il être exécuté le cas échéant où la partie condamnée aurait changé de domicile et où le nouveau domicile ne serait pas connu de la partie qui aurait obtenu condamnation? D'ailleurs, pourquoi l'art. 2148 oblige-t-il le créancier à élire domicile dans l'arrondissement du bureau, si ce n'est pour imprimer à toutes les actions relatives aux inscriptions hypothécaires une marche plus rapide? Or, il serait, assurément, peu raisonnable de dire que le jugement de radiation est étranger à l'inscription. Dès lors, poser en principe que celui qui a obtenu ce jugement devra nécessairement le signifier au domicile réel du titulaire de l'inscription dont la radiation est ordonnée, quel que soit ce domicile et à quelque distance qu'il se trouve du bureau où l'inscription a été prise, fût-ce même en pays étranger, c'est méconnaître la pensée de la loi et créer les difficultés et les lenteurs contre lesquelles ses dispositions sont dirigées. Nous pensons donc, et en ceci notre opinion est loin d'être isolée (2), que la solution domi-

---

(1) Voy. Cass., 29 août 1815; Turin, 29 nov. 1809; Agen, 6 févr. 1010; Colmar, 20 mars 1810 et 17 mai 1828; Paris, 8 janv. 1831; Pau, 21 janv. 1834; la Martinique, 19 mars 1842; Angers, 30 mars 1854 (S.-V., 15, 1, 430; 31, 2, 269; 34, 2, 553; 44, 2, 29; 55, 2, 418; Dall., 9, 446; 31, 2, 55; *J. Pal.*, 1855, t. II, p. 497). Voy. aussi MM. Merlin (*Rép.*, v° Dom. élu, § 1, n°s 6 et 7); Grenier (n° 527); Persil (art. 2157, n° 19); Favart (*Rép.*, t. II, p. 476); Carré et Chauveau (quest. 1907); Aubry et Rau (4e édit., t. III, p. 393, note 26); Dalloz (*Rec. alph.*, v° Priv. et Hyp., p. 442, note 4); Baudot (n° 984).

(2) Voy. MM. Delvincourt (t. III, p. 335, 336, note 10); Duranton (t. XX, n° 204); Troplong (n° 739); Martou (n° 1237). — Voy. aussi Paris, 26 août 1808 et 17 juill.

nante aujourd'hui, d'après laquelle la signification du jugement de radiation devrait *nécessairement* être faite au domicile réel de la partie condamnée, n'est pas dans la vérité des principes.

VI. — 1097. Le conservateur n'est pas juge du droit que la partie intéressée pouvait avoir à demander la mainlevée et la radiation par elle obtenues, ni de la justice de la prétention sur laquelle la mainlevée a été accordée par le titulaire de l'inscription ou par les tribunaux ; et, pourvu que la radiation soit requise en vertu d'actes réguliers et probants, il doit obtempérer à la réquisition (1). Par cela même, il a droit d'exiger que sa responsabilité soit mise à couvert, de telle sorte que si une radiation indûment opérée venait à être ultérieurement annulée, il puisse toujours, soit qu'il s'agisse de radiation forcée, soit qu'il s'agisse de radiation volontaire, prouver que, quant à lui, il a dûment procédé (2). C'est pourquoi l'art. 2158 exige que, dans l'un et l'autre cas, ceux qui requièrent la radiation déposent au bureau du conservateur l'expédition de l'*acte authentique portant consentement, ou celle du jugement* (3).

1098. Mais si le conservateur n'est pas juge du fond du droit, il est juge au moins de la régularité de l'acte en vertu duquel il est requis de procéder à la radiation (4). Et il faut bien qu'il en soit ainsi, puisque c'est dans cet acte qu'il doit chercher sa sauvegarde, puisque c'est par cet acte qu'il peut être mis à l'abri de toute responsabilité. Le conservateur est donc intéressé avant tous autres à ce que cet acte soit régulier; et il est dans son droit, en se refusant à opérer la radiation tant que l'acte en vertu duquel la radiation pourrait être effectuée n'existe pas dans les conditions voulues par la loi. La Cour de cassation a reconnu ce droit et l'a proclamé en principe lorsqu'elle a jugé que le conservateur peut se pourvoir contre un arrêt qui lui enjoint de faire une radiation à laquelle il se refuse, cet arrêt ne mettant pas sa responsabilité suffisamment à couvert (5).

1813. — A plus forte raison faut-il dire, avec un arrêt de Lyon, que l'*appel* d'un jugement statuant sur une demande en radiation est valablement signifié au domicile d'élection. Lyon, 7 août 1829 (Dall., 29, 2, 211).

(1) *Comp.* Cass., 6 déc. 1859 (*J. Pal.*, 1860, p. 174 ; S.-V., 60, 1, 644). — Mais il doit se conformer strictement aux dispositions de l'acte ou du jugement qui lui est déposé. Il ne peut prendre en considération aucun autre acte ou document pour mesurer la radiation qu'il convient d'opérer : spécialement, il ne lui appartient pas de désigner les immeubles atteints par la radiation quand le jugement ne les a pas spécifiés. Angers, 13 août 1873 (Dall., 75, 2, 14).

(2) Jugé, en effet, que le conservateur n'est pas responsable du préjudice pouvant résulter d'une radiation opérée par lui illégalement (à raison, par exemple, de ce que le créancier n'avait pas capacité pour la consentir), lorsqu'il est établi qu'il n'a pas agi légèrement, qu'il s'est fait représenter le titre en vertu duquel la radiation a été demandée, et qu'il a eu de justes motifs de donner à ce titre un sens favorable à la mainlevée de l'inscription. Rej., 13 avr. 1863 (S.-V., 63, 1, 297 ; *J. Pal.*, 1863, p. 921; Dall., 63, 1, 196).

(3) La radiation ne peut être opérée en vertu d'un désistement signifié d'avoué à avoué : ce n'est pas là un acte authentique dans le sens de l'art. 2158. Caen, 25 mars 1871 (S.-V., 72, 2, 165; *J. Pal.*, 1872, p. 764).

(4) Voy. Paris, 17 août 1843 (S.-V., 43, 524).

(5) Voy. Cass., 9 juin 1841 et 12 juill. 1847 (S.-V., 41, 1, 466 ; *J. Pal.*, 1849, t. II, p. 554).

Ainsi, pour la radiation *forcée,* le requérant doit déposer expédition du jugement qui l'ordonne, et la radiation ne peut être opérée qu'autant que le jugement est en dernier ressort ou qu'il est passé en force de chose jugée : ce sont les conditions essentielles. Donc, si l'irrévocabilité du jugement n'est pas établie par la pièce produite, le conservateur est en droit de refuser la radiation. C'est ainsi que, d'après la jurisprudence, il a qualité pour opposer la péremption d'un jugement par défaut ordonnant la radiation (1).

Ainsi encore, pour la radiation *volontaire,* le requérant doit déposer un *acte authentique* portant le *consentement* ou la *mainlevée* du créancier inscrit : c'est la condition nécessaire. Donc, si aucun acte n'est déposé, par exemple si le créancier et le débiteur se présentent en personne au conservateur, le premier déclarant qu'il donne mainlevée, le second requérant la radiation ; ou encore, si l'acte déposé n'est pas en la forme authentique, ou ne porte pas le consentement ou la mainlevée du créancier, par exemple si le débiteur se présente avec un acte, sous seing privé ou même notarié, attestant sa libération et portant quittance sans rien de plus : dans ces deux cas, le conservateur est fondé à refuser la radiation. Dans l'un comme dans l'autre, en effet, le requérant est en dehors des conditions de la loi, et ni dans l'un ni dans l'autre il ne fournit au conservateur un moyen assuré, le cas échéant, de dégager sa responsabilité. Car, supposez que la radiation ait été imprudemment opérée. Dans le premier cas, le conservateur n'est armé d'aucune preuve contre le créancier qui, de bonne ou de mauvaise foi, nierait avoir consenti la radiation, soit qu'il contestât son identité avec celui qui se serait présenté comme créancier, soit qu'il retirât le consentement par lui donné, sachant qu'il n'en existe pas de traces. Dans le second, la preuve laissée aux mains du conservateur est imparfaite et non probante, puisqu'elle ne résulte pas d'un acte authentique; ou bien elle est insuffisante, puisqu'elle porte, non pas sur le *consentement* du créancier à la radiation ou sur la *mainlevée* de l'inscription, mais seulement sur la libération du débiteur. La garantie du conservateur ne peut être que dans l'*acte authentique portant consentement ou mainlevée :* c'est donc là ce qu'il est fondé à exiger de quiconque requiert une radiation.

1099. Ajoutons, d'ailleurs, que, soit qu'il s'agisse de la radiation forcée, soit qu'il s'agisse de la radiation volontaire, il n'est pas absolument nécessaire que le requérant dépose une expédition du titre entier en vertu duquel la radiation est requise. Il est généralement admis que

(1) Voy. Pau, 21 janv. 1834 (Dall., 34, 2, 188; S.-V., 34, 2, 553). Mais il n'a pas qualité, par exemple, pour rechercher si le juge-commissaire à l'ordre a excédé ses pouvoirs en ne se bornant pas à ordonner une radiation partielle. Le contraire avait été jugé par la Cour d'appel d'Aix, le 8 nov. 1862 (*J. Pal.*, 1863, p. 1171). La décision a été cassée par ce motif que l'ordonnance du juge-commissaire qui prescrit la radiation pure et simple après avoir constaté le consentement des parties intéressées, est un acte des fonctions du juge qui couvre la responsabilité du conservateur, lequel, dès lors, doit opérer la radiation pure et simple. Cass., 11 juill. 1865 (*J. Pal.*, 1865, p. 873; S.-V., 65, 1, 342; Dall., 65, 1, 475). — *Comp.* Rouen, 17 juin 1863, et Caen, 25 mai 1863 (Dall., 64, 2, 34 et 35; *J. Pal.*, 1863, p. 1173).

si la pièce déposée donne un extrait littéral de la partie du titre se référant à la radiation, le conservateur n'a rien de plus à exiger, pourvu que l'extrait contienne déclaration, soit par le notaire, soit par le greffier qui a délivré l'extrait, que, dans les parties omises de l'acte ou du jugement, il n'y a ni conditions, ni réserves, et que l'extrait reproduit tout ce qui a trait à la radiation (1).

1100. Toutefois, il faut le dire aussi : précisément parce qu'il est juge de la régularité de l'acte en vertu duquel la radiation est requise, le conservateur est en droit d'exiger que l'on dépose entre ses mains non-seulement cet acte même, ou l'extrait de la partie se référant à la radiation, mais encore les documents qui complètent la pièce où sont propres à établir qu'elles est régulière et qu'elle existe dans les conditions déterminées par la loi.

1101. Ainsi, s'agit-il de la radiation *forcée,* comme le conservateur ne peut l'effectuer qu'en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, il ne suffira pas que le requérant ne demande la radirtion qu'après l'expiration des délais d'opposition ou d'appel, il faudra qu'il donne au conservateur la preuve que les délais sont expirés sans qu'il soit intervenu aucun acte d'opposition ou d'appel. De là suit que le requérant devra déposer non-seulement l'expédition du jugement ou de l'extrait du jugement ordonnant la radiation, mais encore les actes mentionnés à l'art. 548 du Code de procédure, c'est-à-dire le certificat de l'avoué contenant la date de la signification du jugement faite au domicile du créancier, et l'attestation du greffier qu'il n'existe contre le jugement ni opposition ni appel. Ceci est admis en doctrine et en jurisprudence; et un arrêt va jusqu'à décider qu'alors même que le créancier a donné mainlevée de l'inscription, et par là a *acquiescé* au jugement, la représentation des pièces exigées par l'art. 548 du Code de procédure est une nécessité, cette représentation devant avoir lieu dans tous les cas et ne pouvant être valablement faite qu'après l'expiration des délais (2). Toutefois la jusisprudence nous paraît en ceci aller au delà de la juste mesure : l'acquiescement imprimant à la décision judiciaire le caractère d'irrévocabilité, la remise au conservateur de l'acte qui le constate, en tant que cet acte a été fait en la forme authentique, équivaut, selon nous, à la représentation des pièces exigées par l'art. 548 du Code de procédure, car elle donne au conservateur la même sécurité.

1102. S'agit-il d'une radiation *volontaire,* comme le conservateur n'y peut procéder qu'en vertu du consentement ou de la mainlevée du titulaire de l'inscription dont la radiation est demandée, les pièces

---

(1) Voy. MM. Persil (art. 2158, n° 3); Dalloz (*Rec. alph.*, v° Hyp. et Priv., p. 442, note 3). La loi belge du 16 déc. 1851 a donné à cette opinion la sanction législative, au moins en ce qui concerne la radiation volontaire. L'art. 93 dit, en effet, « qu'un extrait littéral de l'acte authentique suffit, lorsqu'il y est déclaré, par le notaire qui l'a délivré, que l'acte ne contient ni conditions ni réserves. » Voy. MM. Delebecque (*Comm. législ.*, p. 358); Martou (t. III, p. 283 et n° 1227).

(2) Voy. Rouen, 8 févr. 1842 (*J. Pal.*, 1842, t. I, p. 608; Dall., 42, 2, 93; S.-V., 42, 2, 271).

dont il sera fondé à exiger le dépôt seront non-seulement l'acte authentique portant consentement ou mainlevée, mais encore tous titres et documents, tels que procurations, cessions, contrats, susceptibles d'établir que le consentement ou la mainlevée émane de la personne ayant qualité pour le donner. Or nous avons vu plus haut comment, en quels cas et dans quelle mesure la mainlevée des inscriptions hypothécaires peut être donnée par les mandataires légaux ou conventionnels, par le curateur à une succession vacante, par un associé au nom de la société dont il fait partie, par le possesseur actuel d'une obligation hypothécaire au porteur, etc. (voy. nos 1072 et suiv.). On pressent dès lors que les justifications à fournir au conservateur vont varier suivant les hypothèses et les situations diverses. — Par exemple, si le consentement à la radiation est donné par un mandataire, le conservateur est fondé à exiger une expédition de la procuration (1), et s'il est donné par un mari au nom de sa femme, il peut réclamer, en outre, une expédition du contrat de mariage dans la partie qui confère ce pouvoir au mari (2); — si le consentement émane d'envoyés en possession des biens d'un absent ou d'un curateur à une succession vacante, le conservateur exigera une expédition du jugement qui a ordonné l'envoi en possession ou qui a nommé le curateur; — si la radiation est consentie par un associé au nom de la société, le conservateur pourra demander la remise de l'acte de société ou au moins un extrait des stipulations sociales dans la partie qui confère les pouvoirs de consentir à la radiation (3), et même la justification des publications faites au greffe de l'acte de société, et un certificat constatant officiellement qu'à l'époque où la mainlevée a été délivrée, il n'était survenu aucune modification au statut social de nature à altérer la capacité de la personne de qui la mainlevée émane (4); — mais si le consentement est donné par le porteur actuel d'une obligation au porteur et en son nom, la remise au conservateur de l'expédition de l'acte de mainlevée portant en marge que mention de cette mainlevée a été faite par le notaire sur le grosse exécutoire de l'obligation au porteur suffit à couvrir sa responsabilité même à l'égard de tout porteur évantuel, et le

---

(1) Mais le conservateur ne peut refuser d'opérer la radiation par ce motif que l'expédition de la procuration à l'effet de donner mainlevée a été délivrée par un notaire substituant. Trib. de Montluçon, 12 janv. 1865 (*J. Pal.*, 1865, p. 862). — De même, s'il s'agit de l'inscription prise au profit d'une faillite, le conservateur en doit opérer la radiation sur la seule production de la mainlevée du syndic; il ne saurait exiger, en outre, la preuve que les fonds touchés par celui-ci ont été préalablement consignés. Caen, 26 juill. 1867 (*J. Pal.*, 1868, p. 1135; S.-V., 68, 2, 303).

(2) Paris, 17 août 1843; Metz, 13 déc. 1854 (S.-V., 43, 2, 534; 55, 2, 193; *J. Pal.*, 1855, t. II, p. 324).

(3) Rej., 19 août 1845 (*suprà*, n° 1078); Trib. de Grenoble, 30 avr. 1853. Voy. M. Martou (n° 1211).

(4) Amiens, 31 déc. 1851 (*J. Pal.*, 1852, t. I, p. 274; S.-V., 52, 2, 128). Le contraire résulte, néanmoins, d'un arrêt de la Cour de Caen, du 15 juill. 1850, rapporté par le *Journal du Palais*, avec l'arrêt de rejet du 7 janv. 1852 (*J. Pal.*, ibid., p. 272). Et il a été jugé que le conservateur ne peut refuser la radiation d'une inscription dont la mainlevée a été consentie par le directeur d'une société anonyme sous prétexte que les statuts sociaux n'ayant pas été publiés, la société n'est pas légalement établie. Req., 16 mai 1859 (S.-V., 60, 1, 889; *J. Pal.*, 1860, p. 637).

conservateur ne serait pas fondé à exiger, en outre, qu'on lui fît la remise de la grosse de l'obligation biffée et bâtonnée (1) ; — s'il s'agit de la radiation d'une inscription d'hypothèque légale prise par une femme séparée de corps et de biens sur les biens de son mari, le conservateur peut exiger le dépôt à son bureau d'une expédition du jugement qui a prononcé la séparation et ordonné la liquidation des reprises de la femme (2) ; — et s'il s'agit d'une radiation consentie par une commune en vertu d'une délibération qui a autorisé la radiation, le conservateur peut et doit exiger le dépôt de l'arrêté préfectoral qui a rendu la délibération exécutoire (3).

1103. En résumé, soit qu'il s'agisse de radiation forcée, soit qu'il s'agisse de radiation volontaire, le conservateur est toujours en droit d'exiger qu'avec le titre même en vertu duquel la radiation est requise il soit déposé à son bureau tous documents et pièces propres à établir la régularité de ce titre, et, par là, à couvrir sa responsabilité dans le cas où la radiation viendrait ultérieurement à être annulée; c'est ce qui s'induit des indications qui précèdent (4). Et, sans y insister davantage, nous passons, pour terminer le commentaire de nos articles, aux effets de la radiation opérée, et à l'effet, à l'égard des tiers, du rétablissement des inscriptions indûment rayées.

VII. — 1104. Par la radiation, l'immeuble est indiqué comme affranchi de la charge réelle qui l'affectait et dont l'inscription était le signe. L'immeuble est libre désormais, et toutes choses se passent comme s'il n'eût été jamais grevé. On a dit, en ce sens, que l'acquéreur qui, sur le vu du certificat du conservateur des hypothèques constatant la radiation des inscriptions qui avaient été prises sur l'immeuble par lui acquis, a payé son prix dans les mains d'un créancier chirographaire du vendeur, est valablement libéré, quelle que soit d'ailleurs l'irrégularité de la radiation opérée (5). C'est d'une exactitude parfaite : du moment que l'immeuble est présenté comme affranchi de toutes charges hypothécaires, l'acquéreur se trouve en présence du vendeur, et rien ne s'oppose à ce que, obligé envers ce dernier au payement du prix,

---

(1) Bordeaux, 7 févr. 1846 (*J. Pal.*, 1846, t. I, p. 742; S.-V., 46, 2, 321).

(2) Cass., 18 mai 1852 (*J. Pal.*, 1852, t. II, p. 440; Dall., 52, 1, 175).

(3) Cela peut s'induire d'un arrêt aux termes duquel le conservateur qui, sur la présentation d'un acte notarié contenant cession en payement à une commune, par son débiteur, d'un immeuble grevé d'hypothèque, et consentement, de la part du maire de cette commune, à la radiation de l'inscription hypothécaire prise au nom de celle-ci sur les biens du débiteur, opère cette radiation sans que la délibération qui l'a autorisée ait été rendue exécutoire par un arrêté du préfet pris en conseil de préfecture, est responsable du préjudice résultant, pour la commune, de l'éviction par elle ultérieurement subie de l'immeuble cédé, ainsi que de la perte de son droit hypothécaire sur les autres immeubles du débiteur. Dijon, 7 avr. 1859 (*J. Pal.*, 1860, p. 227; S.-V., 59, 2, 585).

(4) Cependant le conservateur doit soigneusement éviter les exigences non justifiées. Il est de jurisprudence, en effet, que le refus de sa part d'opérer radiation, s'il ne repose sur aucun motif sérieux, entraîne contre lui la condamnation aux dépens de l'instance engagée par ou contre lui. Rouen, 13 janv. 1845; Metz, 13 déc. 1854; Req., 2 févr. 1869; Grenoble, 29 juill. 1874 (Dall., 70, 1, 71; 75, 2, 136; *J. Pal.*, 1845, p. 369; 1855, t. II, p. 324; 1869, p. 399; S.-V., 55, 2, 193; 69, 1, 163).

(5) Angers, 30 mars 1854 (S.-V., 55, 2, 418; *J. Pal.*, 1855, t. II, p. 497).

il se libère, soit entre ses mains, soit entre les mains de ceux qui viennent à son lieu et place pour exercer ses droits. L'irrégularité de la radiation ne change rien à cela ; et s'il y a là le principe d'une responsabilité, cette responsabilié pèse sur le conservateur ou sur la partie elle-même, suivant que la radication a été opérée irrégulièrement ou indûment provoquée ; mais elle ne saurait atteindre l'acquéreur, qui, informé de la radiation par celui-là même dont la mission est de veiller à la conservation des hypothèques, n'a nullement à se préoccuper des circonstances dans lesquelles la radiation a été affectuée.

1105. Il y a mieux : l'effet de la radiation n'a pas besoin, pour se produire, que la radiation soit effectivement opérée; il se rattache à l'acte même de mainlevée. Dès que cet acte est consenti, il a toute son efficacité, et, avant même que le conservateur ait rayé matériellement l'inscription hypothécaire, l'immeuble s'en trouve dégrevé. Ainsi, un créancier révoquerait la mainlevée qu'il aurait consentie avant que l'inscription eût été rayée par le conservateur, la mainlevee n'en serait pas pour cela anéantie ; elle resterait opposable au créancier non-seulement par le débiteur, mais encore par les tiers qui, ayant traité avec le débiteur, auraient pris inscription avant que la radiation eût été matériellement effectuée (1). C'est en ce sens que nous avons dit plus haut que, sauf le cas de dol et de fraude, la mainlevée, acte essentiellement unilatéral, ne peut être utilement rétractée par le créancier qui l'a librement donnée (voy. nº 1073). Mais, notons-le, ceci n'est point absolu : il est donc important de préciser.

1106. En thèse générale, le créancier qui, en donnant mainlevée, a consenti la radiation, peut n'avoir renoncé qu'à son inscription. Nous disons en *thèse générale :* en effet, il faut admettre une exception relativement à l'inscription prise d'office par le conservateur pour le privilége du vendeur. Cette inscription n'étant pas nécessaire pour la conservation d'un privilége qui apparaît et se conserve par la transcription (voy. *suprà,* nos 255 et suiv.), on comprend que ce n'est pas au vendeur qu'il appartient de la faire rayer sur le registre, à moins qu'il ne renonce au bénéfice du privilége lui-même (2). Mais, dans les autres cas, dans les cas ordinaires, le créancier peut, en renonçant à son inscription, retenir son droit hypothécaire. Et alors, bien que la radiation lui fasse perdre le rang hypothécaire qu'il tenait de l'inscription rayée, ce n'est pas à dire que, s'il n'est pas payé de sa créance, il ne puisse pas prendre une inscription nouvelle en vertu du droit hypothécaire qu'il a réservé (3). Dès lors, dans cette même hypothèse, s'il

---

(1) Voy. Cass., 4 janv. 1831; Agen, 19 mai 1836; Aix, 14 nov. 1857 (Dall., 31, 1, 82; 36, 2, 114; S.-V., 36, 2, 404; 58, 2, 474; *J. Pal.*, 1859, p. 708). — Voy. cependant Bordeaux, 7 avr. 1827 (S.-V., 28, 2, 88; Dall., 28, 2, 56).

(2) Voy. Dijon, 17 juill. 1839; Rej., 24 juin 1844 (S.-V., 40, 2, 71; 44, 1, 598; Dall., 40, 2, 175; 44, 1, 310).

(3) Voy. Rej., 2 mars 1830 (S.-V., 30, 1, 342; Dall., 30, 1, 148). La Cour de cassation, en cassant l'arrêt ci-dessus cité de la Cour d'Aix, du 14 nov. 1857, a décidé que la mainlevée, non suivie de radiation, consentie par un créancier à l'acquéreur qui lui paye son prix, n'a d'autre effet que de l'affranchir de tout droit de suite sur

arrive que la mainlevée donnée par le créancier n'ait pas reçu son exécution par une radiation effective, le moyen le plus simple pour le créancier qui veut prendre une inscription nouvelle sera de révoquer par acte authentique la mainlevée qu'il a donnée et de porter le fait de la révocation à la connaissance du conservateur, avec injonction de maintenir l'inscription dont la radiation avait été consentie. Il s'induira juridiquement de là que, vis-à-vis de tous les créanciers qui auraient pris inscription dans l'intervalle écoulé entre la mainlevée et la révocation, l'inscription nouvelle n'aura de rang qu'à sa date, parce que l'efficacité de la mainlevée n'est pas subordonnée, comme nous le disons au numéro qui précède, à la radiation même de l'inscription; mais que vis-à-vis de ceux qui ne se seraient inscrits que postérieurement à la révocation, l'inscription non rayée effectivement, quoique la mainlevée en ait été consentie, conserve ses effets et son rang : c'est la jurisprudence de la Cour de cassation (1).

1107. On résout par une distinction analogue le point de savoir quel est l'effet, vis-à-vis des tiers, du rétablissement d'une inscription indûment rayée. En effet, lorsque la mainlevée d'une inscription vient à être déclarée nulle, ou que le jugement en vertu duquel la radiation a été faite est cassé ou annulé, l'inscription n'est pas rétablie par cela même; le créancier doit prendre une inscription nouvelle, laquelle, ne pouvant nuire aux créanciers qui se sont inscrits depuis la radiation, ne prend rang qu'au jour de sa date (2). Mais vis-à-vis des créanciers déjà inscrits au moment où la radiation a été consentie ou opérée, l'inscription prise en rétablissement de l'inscription rayée rétroagit jusqu'à la première, qui, vis-à-vis d'eux, sera censée n'avoir jamais été rayée (3). Ils n'ont pas d'ailleurs à s'en plaindre, puisque les choses sont rétablies dans leur premier état et qu'ils ont leur gage hypothécaire tel qu'ils avaient consenti à l'accepter au moment où ils ont traité avec leur débiteur.

2161 à 2165.

---

les biens par lui acquis; et qu'elle ne fait pas obstacle à ce que l'acquéreur, subrogé aux droits du créancier payé, obtienne collocation à la date de l'inscription non rayée. Cass., 20 juin 1859 (S.-V., 59, 1, 853; *J. Pal.*, 1860, p. 1028; Dall., 59, 1, 254). Voy. aussi MM. Aubry et Rau (t. II, p. 834; 4e édit., t. III, p. 396).

(1) Voy. Rej., 1er déc. 1852 (*J. Pal.*, 1854, t. I, p. 541; Dall., 54, 1, 275).

(2) Rej., 26 janv. 1814, 18 juill. 1838, 9 déc. 1846, 13 avr. 1863; Chambéry, 12 juin 1865; Paris, 15 avr. 1811 (S.-V., 38, 1, 1004; 63, 1, 297; 65, 2, 208; Dall., 38, 1, 353; 57, 1, 298; 63, 1, 196; *J. Pal.*, 1838, t. II, p. 491; 1863, p. 921; 1865, p. 1020).

(3) Voy. Douai, 10 janv. 1812; Paris, 12 juin 1815 (S.-V., 12, 2, 370; 18, 2, 119; Dall., *Rec. alph.*, t. IX, p. 445, et t. XII, p. 899). — *Junge* : MM. Troplong (nº 746 *bis*); Duranton (nº 203); Taulier (t. VII, p. 363); Martou (nº 1224); Aubry et Rau (t. II, p. 834; 4e édit., t. III, p. 396); Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. V, p. 227, note 15). Voy. cependant Rouen, 22 mai 1863 (S.-V., 64, 2, 45; *J. Pal.*, 1864, p. 391; Dall., 64, 2, 104). Voy. aussi Rej., 4 juill. 1864 (S.-V., 64, 1, 252; *J. Pal.*, 1864, p. 1018; Dall., 64, 1, 359).

SOMMAIRE.

1108. Ces articles touchent soit à l'étendue de l'hypothèque judiciaire, soit au principe de la spécialité : renvoi.

1108. Après s'être occupé de la *radiation* des inscriptions au point de vue général, dans la série des articles qui précèdent (2157 à 2160), le législateur règle, dans celle-ci, la *réduction* de l'hypothèque ou des inscriptions, en vue de deux cas particuliers : l'un relatif à l'hypothèque judiciaire, laquelle, quoique générale en principe, peut être ramenée à la spécialité lorsque les inscriptions sont portées sur plus de domaines différents qu'il n'est nécessaire à la sûreté des créances (art. 2161, 2162, 2165); l'autre relatif aux inscriptions prises pour sûreté de créances indéterminées, lesquelles peuvent être réduites lorsque l'évaluation qui doit y être faite a été portée par le créancier à une somme excessive (art. 2163, 2164). Mais ces deux cas se rattachent à des règles exposées plus haut. Le premier touche à l'étendue de l'hypothèque judiciaire ; c'est pourquoi nous avons joint au commentaire de l'art. 2123 l'explication des trois articles qui le concernent (voy. *suprà*, nos 600 et suiv.) : le second se lie au principe de la spécialité; aussi avons-nous commenté les deux articles qui s'y réfèrent, en nous occupant de ce principe dans l'explication des art. 2129 et suivants (voy. *suprà*, nos 705 et suiv.).

CHAPITRE VI

DE L'EFFET DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES CONTRE LES TIERS DÈTENTEURS.

2166. — Les créanciers ayant privilége ou hypothèque inscrite sur un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, pour être colloqués et payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions (1).

SOMMAIRE.

I. 1109. L'art. 2166 et les articles suivants organisent le *droit de suite*. — 1110. Moins essentiel que le *droit de préférence*, le droit de suite est néanmoins l'auxiliaire nécessaire de l'hypothèque et du privilége sur les immeubles.

II. 1111. Le droit de suite ne s'exerçant que contre les tiers détenteurs, il n'a lieu qu'autant qu'il y a eu de la part du débiteur aliénation de l'immeuble grevé du privilége ou de l'hypothèque. — 1112. ... A quelque titre que ce soit, — 1113. ... Et quand même l'aliénation ne serait que partielle. — 1114. Néanmoins, si elle porte sur des objets détachés de l'immeuble auquel ils étaient unis au moment de l'affectation hypothécaire, ces objets échappent au droit de suite. — 1115. De même les fruits échappent au droit de suite par la perception ou par la vente qu'en fait le propriétaire sans fraude, à moins qu'il ne s'agisse des produits extraordinaires du sol ou de fruits immobilisés par la saisie. — 1116. *Quid* lorsque l'aliénation porte sur un démembrement de la propriété? Distinctions. — 1117. Si, au lieu d'être aliéné, l'immeuble grevé a été donné à bail, le locataire ou le fermier, *en principe*, n'est pas atteint par le droit de suite, sauf l'application de la loi du 23 mars 1855 : renvoi.

---

(1) Le droit de suite, en ce qui concerne l'hypothèque maritime, est réglé par l'art. 18 de la loi du 10 déc. 1874. — Voy., pour le commentaire, *infrà*, n° 1127 *bis*.

III. 1118. L'exercice du droit de suite est subordonné à l'existence d'une inscription prise *en temps utile*. — 1119. Mais à quel moment l'inscription doit-elle exister pour être réputée prise en temps utile? Phases diverses de la législation sur ce point jusqu'à la loi du 23 mars 1855, par laquelle il est réglé maintenant d'une manière précise. Comment et dans quelle mesure la règle doit-elle être appliquée aux priviléges et aux diverses espèces d'hypothèques? 1120. Quant aux hypothèques, la loi se limite par son expression même à celles qui sont sujettes à l'inscription : ainsi, au point de vue du droit de suite, l'inscription n'est pas nécessaire pour l'hypothèque légale de la femme mariée, du mineur et de l'interdit, sauf le cas prévu par l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 : toutes les autres hypothèques, même l'hypothèque légale de l'Etat, reçoivent l'application de la règle. — 1121. Quant aux priviléges, la règle leur est applicable, sauf certains points à préciser. — 1122. Des priviléges généraux de l'art. 2101; — 1123. Du privilége des entrepreneurs et des ouvriers; — 1124. Du privilége du vendeur et du copartageant; — 1125. Du droit des créanciers et des légataires demandant la séparation des patrimoines.

IV. 1126. Des conséquences et du but du droit de suite : il tend à la réalisation du gage par l'expropriation à la suite de laquelle doit s'ouvrir l'ordre où les créanciers inscrits se feront colloquer. — 1126 *bis*. Suite. — 1127. Ainsi, l'objet et le but final du droit de suite, c'est non point le délaissement ou le payement par le tiers détenteur, mais l'expropriation de ce dernier.

V. 1127 *bis*. Du droit de suite, en ce qui concerne l'hypothèque maritime.

I. — 1109. L'hypothèque, comme le privilége sur les immeubles, étant, selon l'expression de l'art. 2114, *un droit réel* sur la chose grevée, il en résulte qu'elle est en droit absolu, et, par cela même, opposable à tous, non-seulement aux créanciers du propriétaire, mais encore aux tiers détenteurs. C'est là, comme nous avons eu l'occasion de l'écrire à diverses reprises (voy. n[os] 251, 329, 724), ce que l'on exprime dans la pratique lorsqu'on dit que l'hypothèque et le privilége sur les immeubles engendrent à la fois un droit de préférence et un droit de suite : un *droit de préférence,* qui intéresse les créanciers entre eux, au moyen duquel le créancier hypothécaire ou privilégié obtient, avant tous créanciers chirographaires et avant tous créanciers hypothécaires inscrits après lui, son payement sur le prix des immeubles affectés (1) ; un *droit de suite,* qui intéresse les créanciers dans leurs rapports avec les tiers détenteurs, en vertu duquel la charge reste sur les immeubles et les suit en quelques mains qu'ils passent, par suite des aliénations qu'en aurait pu faire le débiteur.

Nous nous sommes expliqué déjà sur le droit de préférence organisé, quant aux priviléges, par les art. 2106 et suivants (voy. *suprà,* n[os] 249 et suiv.), et, quant aux hypothèques, par les art. 2134 et suivants (voy. *suprà,* n[os] 723 et suiv.). Nous abordons maintenant le droit de

---

(1) Ainsi, le tiers détenteur d'un immeuble grevé d'un privilége ne peut échapper à l'exercice de ce privilége sous prétexte que l'acte de vente lui aurait imposé l'obligation de payer son prix entre les mains des créanciers inscrits sur l'immeuble, cette obligation ne pouvant préjudicier aux autres créanciers ayant un droit préférable, ni, à plus forte raison, sous prétexte des payements qu'il aurait effectués à des créanciers non inscrits. Req., 7 août 1860 (S.-V., 61, 1, 257; *J. Pal.*, 1861, p. 761; Dall., 60, 1, 506). — Toutefois, celui dont la collocation n'a été maintenue dans un ordre qu'à la charge de justifier dans un certain délai de l'existence de sa créance, à défaut de quoi il pourrait être rejeté de l'ordre, n'est pas fondé à se plaindre de la décision qui se borne à ordonner le payement d'un créancier postérieur, à la charge par celui-ci de rapporter les sommes par lui reçues, au cas où le créancier antérieur ferait plus tard les justifications requises. Rej., 5 janv. 1857 (S.-V., 57, 1, 674; *J. Pal.*, 1858, p. 98).

suite, que les art. 2166 et suivants organisent dans des dispositions communes aux priviléges et aux hypothèques (1).

1110. Notons avant tout, ou plutôt rappelons que le droit de suite engendré par l'hypothèque et par le privilége sur les immeubles n'est pas essentiel et principal autant que le droit de préférence (voy. *suprà*, nº 251) : c'est évident, puisque le privilége et l'hypothèque ne sont que des *sûretés* consistant précisément dans *la préférence* qu'ils donnent. Aussi voit-on que le droit de préférence existe parfois et se produit sans droit de suite, comme cela a lieu pour les priviléges sur les meubles (voy. *suprà*, nº 149), tandis que l'on ne concevrait pas un droit de suite qui existerait isolément et n'aboutirait pas ou ne tendrait pas au droit de préférence. Toutefois, si le droit de suite n'est pas essentiel autant que le droit de préférence, il n'en est pas moins l'auxiliaire légal de ce droit. Supposez que l'hypothèque et le privilége ne restent pas attachés à l'immeuble sur lequel ils sont assis et ne le suivent pas entre les mains des tiers détenteurs, et ils cessent d'être une sûreté : rien dès lors n'est plus facile au débiteur que d'annihiler le droit hypothécaire du créancier inscrit : il lui suffit d'aliéner l'immeuble affecté ou d'en disposer à un titre quelconque. C'est donc par le droit de suite que le gage hypothécaire acquiert sa fixité. Ce droit, en retenant le gage dans les liens de l'hypothèque ou du privilége, nonobstant tous actes d'aliénation consentis par le débiteur, maintient, à vrai dire, la sûreté hypothécaire dans ses conditions d'efficacité.

Mais dans quel cas et à quelles conditions le créancier jouit-il du droit de suite? C'est ce qu'il faut indiquer tout d'abord : nous nous attacherons ensuite à préciser les conséquences de ce droit et le but auquel il tend.

II. — 1111. Tant que l'immeuble grevé reste intact en la possession du débiteur, la sécurité du créancier hypothécaire est pleine et entière; le droit de suite sommeille, il n'y a ni intérêt ni motif pour l'exercer. Mais que l'immeuble grevé sorte en tout ou en partie des mains du débiteur et passe aux mains d'un tiers détenteur, c'est alors que le droit de suite a lieu, parce qu'alors il a sa raison d'être ou au moins de se mettre en mouvement, sauf, bien entendu, et comme nous l'avons expliqué plus haut, le droit que, selon l'occurrence, le créancier pourrait avoir de se tourner *contre le débiteur lui-même* et de requérir, à raison des aliénations, l'application de l'art. 1188 du Code civil (voy. *suprà*, nº 694).

1112. Du reste, la nature du titre en vertu duquel le tiers détenteur est mis en possession n'est d'aucune considération. L'intérêt qu'a le créancier d'user du droit de suite est le même, quel que soit le titre qui fait passer son gage aux mains de ce tiers détenteur. « Effectus hypo- » thecæ... in eo consistit quod res ipsas afficiat, deinceps transituras

(1) Nous avons dit plus haut les raisons de méthode qui ont conduit le législateur à réunir le privilége et l'hypothèque dans des dispositions communes pour régler le droit de suite, et à les séparer, au contraire, lorsqu'il s'est agi d'organiser le droit de préférence. Voy. nos observations à cet égard au nº 725.

» cum suo onere in quemvis possessorem, *sive illæ oneroso, sive lu-» crativo titulo in alium translatæ sint.* » (1) Ainsi, Paul a vendu l'immeuble sur lequel Pierre, son créancier, avait un privilége ou une hypothèque ; ou bien il a échangé cet immeuble contre un autre ; ou encore il l'a donné gratuitement par acte entre-vifs ; ou enfin il en a disposé par testament : dans tous ces cas, Pierre, dont le privilége ou l'hypothèque est resté imprimé sur l'immeuble nonobstant la mutation, exercera son droit hypothécaire sur cet immeuble entre les mains du nouveau possesseur, car l'aliénation a ouvert le droit de suite, et il n'y a pas à distinguer, pour l'exercice de ce droit, si l'aliénation procède d'un titre gratuit ou d'un titre onéreux, ni si elle résulte d'un acte entre-vifs ou d'un acte de dernière volonté.

1113. De même, on ne distinguera pas davantage si l'aliénation consentie par le débiteur est totale ou partielle. Ainsi, Paul, dans notre hypothèse, n'aurait aliéné, à titre gratuit ou à titre onéreux, qu'une partie de l'immeuble grevé de privilége ou d'hypothèque en faveur de Pierre ; celui-ci n'en serait pas moins admis à exercer son droit hypothécaire sur la portion aliénée de l'immeuble entre les mains du nouveau possesseur. Et ce droit, il pourrait l'exercer, non pas seulement pour une partie de sa créance proportionnelle à la portion aliénée du gage hypothécaire, mais pour le tout. Car, par l'indivisibilité du droit hypothécaire, tant que le créancier n'a pas reçu son payement intégral, l'hypothèque ou le privilége subsiste entier sur tout l'immeuble et sur chaque partie, en telle sorte que pas une fraction, si minime qu'elle soit, ne peut être distraite sans que l'hypothèque ou le privilége suive cette fraction et y demeure attaché pour le tout (voy. *suprà,* n°s 330 et suiv.). Cependant il y a ici quelques points à préciser.

1114. On peut supposer d'abord que l'aliénation partielle porte sur des objets qui, quoique meubles par leur nature et conservant en eux-mêmes ce caractère de meubles, ont été néanmoins affectés hypothécairement, en ce qu'ils se trouvaient unis à l'immeuble au moment de la naissance du privilége ou de la constitution d'hypothèque. Dans ce cas, les objets aliénés échappent au droit de suite ; car, ainsi que nous l'avons établi dans notre commentaire de l'art. 2118, les objets mobiliers immobilisés ne sont grevés de l'hypothèque assise sur l'immeuble qu'autant qu'ils continuent d'y accéder. Si ces objets sont détachés de l'immeuble, ils rentrent dans leur nature primitive de biens meubles, en sorte que la cause qui les avait rendus susceptibles d'hypothèque venant à cesser, la charge hypothécaire cesse par cela même de les grever (voy. n° 376), sauf, comme nous l'avons expliqué également, les moyens dont le créancier peut user pour s'opposer, s'il y a lieu, à la diminution de son gage (voy. *suprà,* n°s 417 et suiv.).

1115. On peut supposer encore que l'aliénation porte sur les fruits de l'immeuble grevé. Quoique atteints par l'hypothèque ou par le privilége avec le fonds auquel ils adhèrent ou qui les recèle, les fruits

(1) Voët (*ad Pand.*, lib. 20, tit. 1, n° 13).

échappent également au droit de suite par la perception ou par la vente qu'en fait le propriétaire régulièrement et sans fraude. Car le propriétaire qui donne son immeuble pour garantie n'abdique pas pour cela ses pouvoirs d'administrateur, et le droit réel résultant de la garantie en faveur des créanciers auxquels il l'a donnée lui laisse néanmoins la possession de sa chose, et, avec la possession, la faculté qui n'en doit pas être séparée, de gérer et d'administrer (voy. nos 362, 363). Et il en est ainsi même quand le propriétaire dispose *par anticipation,* mais toujours sans fraude, de fruits naturels à récolter ou de fruits civils à percevoir, sauf, néanmoins, l'application de la loi du 23 mars 1855, qui, en soumettant à la formalité de la transcription les quittances ou cessions d'une somme équivalente à trois années de loyers ou de fermages non échus, ne permet pas désormais que les cessions ou quittances non transcrites soient opposées aux tiers au delà de cette mesure. Tout ceci est expliqué aux nos 366 et suivants.

Mais, pourtant, si l'aliénation a pour objet ce genre de produits qui constituent, pour ainsi dire, une portion intégrante de l'immeuble, comme les futaies non aménagées; ou encore, si les choses ne sont pas entières quand l'aliénation est consentie par le propriétaire, par exemple si l'immeuble à ce moment se trouve frappé de saisie, il n'en est plus de même. Alors il ne s'agit plus d'un de ces actes d'administration qui, par l'effet d'une fiction, mobilisent les fruits : c'est une anticipation qui atteint le fonds même; ou c'est un acte de disposition portant sur des choses que la loi elle-même déclare immobilisées (C. proc., art. 682). Les fruits ou les produits du sol restent donc, dans ces cas, sous l'action de l'hypothèque, comme le sol lui-même, et les créanciers inscrits peuvent les suivre aux mains des tiers dans les termes et suivant les règles exposés aux nos 364 et 365.

1116. Enfin, on supposera que l'aliénation porte sur les démembrements de la propriété. Ici la doctrine présente certaines distinctions que nous avons à examiner.

Et d'abord, lorsqu'il s'agit de l'usufruit, il n'y a pas de doute possible : l'aliénation de l'usufruit permet au droit de suite de se mettre en mouvement; à aucun point de vue, cela ne saurait faire difficulté. Et notons que nous ne parlons pas du cas où le privilége ou l'hypothèque seraient directement établis du chef de l'usufruitier sur l'usufruit aliéné (voy. n° 381); car il s'agirait alors d'une aliénation *totale* du gage hypothécaire, et nous serions dans le cas des nos 1111 et 1112. Notre hypothèse est celle où l'immeuble ayant été hypothéqué par celui qui en a la propriété pleine et entière, celui-ci la divise ensuite, en y constituant un droit d'usufruit sous réserve de la nue propriété. C'est là une aliénation partielle du gage que le créancier avait accepté; et le droit de suite, qui ne permet pas que le débiteur nuise par des actes d'aliénation aux droits hypothécaires de ce créancier, fait que l'usufruit aliéné passe aux mains de l'usufruitier, affecté de l'hypothèque ou du privilége dont il était grevé avant d'être séparé de la nue propriété entre les mains du propriétaire (voy. n° 378).

Il n'y a pas de doute non plus lorsque le débiteur aliène le droit de superficie sur l'immeuble accepté pour gage par le créancier privilégié ou hypothécaire. Ici encore, et suivant ce que nous disons au nº 391, il y a aliénation partielle du gage; le créancier doit donc être admis à retenir dans les liens du privilége ou de l'hypothèque, par l'exercice du droit de suite, la portion détachée par le propriétaire.

Mais en est-il de même lorsque le débiteur constitue sur l'immeuble grevé de privilége ou d'hypothèque un droit d'usage, d'habitation ou de servitude? Ce point est controversé. L'opinion dominante, néanmoins, est que le tiers qui acquiert un tel droit doit le purger de l'hypothèque ou du privilége en faisant transcrire et en dénonçant son titre aux créanciers inscrits; mais que de tels droits n'étant pas susceptibles d'expropriation forcée, ni, partant, de surenchère, les créanciers inscrits, s'il arrivait que le tiers acquéreur offrît un prix insignifiant et vil, devraient avoir l'option entre un prix d'estimation par experts du droit constitué par le propriétaire, ou un supplément d'hypothèque à fournir par celui-ci dans les termes de l'art. 2131 (1). Quant à nous, bien que la transcription *translative* soit exigée aujourd'hui par l'art. 2 de la loi du 23 mars 1855 pour tout acte constitutif de servitude, et même, par une exagération véritable du principe, pour les actes constitutifs d'usage et d'habitation, nous croyons, avec M. Troplong (2), qu'il ne doit pas être question ici de la transcription *à l'effet de purger,* précisément parce que les droits dont il s'agit n'étant pas susceptibles d'expropriation forcée, les créanciers inscrits n'auraient pas la ressource de la surenchère, qui est une garantie essentielle en cette matière (voy. *infrà,* art. 2185). Mais nous ne disons pas d'une manière absolue, comme le savant jurisconsulte, que la constitution d'un droit d'usage, d'habitation ou de servitude, échappe au droit de suite. Ce serait admettre que le débiteur peut à son gré, en constituant de tels droits, amoindrir le gage hypothécaire au détriment de ses créanciers. Nous estimons que si la constitution est de nature à nuire aux créanciers inscrits, ceux-ci peuvent agir contre leur débiteur, et poursuivre leur remboursement immédiat en agissant contre l'immeuble grevé de l'hypothèque ou du privilége, sans tenir compte des droits d'usage, d'habitation ou de servitude concédés (3). L'art. 2131 est ici tout à fait hors de cause; c'est le cas d'appliquer l'art. 1188, par les considérations déduites *suprà,* nº 692, et auxquelles nous renvoyons le lecteur.

1117. Que si au lieu d'aliéner, en tout ou en partie, le gage hypothécaire de ses créanciers, le débiteur le donne à loyer ou à bail, il est certain qu'*en principe* le locataire ou le fermier, dont le droit, comme nous l'établissons au nº 385, n'est ni immobilier ni réel, ne sera pas atteint par le droit de suite qu'engendre l'hypothèque ou le privilége sur

---

(1) Voy. MM. Delvincourt (t. III, p. 173, note 1); Persil (*Rép. hyp.*, art. 2166, nºˢ 5 et suiv.); Dalloz (*Rép.*, vº Priv. et Hyp., p. 331, nº 7 et note 1).
(2) Voy. M. Troplong (nº 777 *bis*).
(3) Voy. MM. Duranton (t. XX, nº 217); Taulier (t. VII, p. 374); Martou (nº 1247); F. Berriat Saint-Prix (*Not. théor.*, addition au nº 8788).

les immeubles. Le bail, en principe, est un acte d'administration, et, nous le répétons, le propriétaire dont les biens sont affectés hypothécairement conserve néanmoins la possession de sa chose et, avec la possession, le droit de la gérer et administrer. L'existence de l'hypothèque ou du privilége ne fait donc pas obstacle à ce que le propriétaire consente des baux, et le droit de suite résultant de l'hypothèque ou du privilége ne l'empêche pas de percevoir le prix de location ou le fermage des baux qu'il a consentis. Telle est la règle; nous l'appliquons non-seulement aux baux ordinaires, mais encore, comme nous l'avons dit plus haut, aux baux de longue durée (voy. n° 387), et même, quoique la doctrine et la jurisprudence soient contraires, à l'emphytéose (voy. n° 388) (1).

Mais la règle a ses limites : elles sont posées par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, et résultent de l'art. 2, qui soumet à la transcription « les baux d'une durée de plus de *dix-huit années* », et de l'art. 3, suivant lequel « les baux *qui n'ont pas été transcrits* ne peuvent jamais être opposés pour une durée de plus de dix-huit ans » aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois. Ainsi, les baux qui s'effacent aujourd'hui devant le droit de suite sont tous ceux qui, étant, à raison de leur durée, soumis à la transcription, n'ont pas reçu la formalité. Nous nous sommes expliqué là-dessus, au point de vue du droit de préférence, dans notre commentaire de l'art. 2118 (voy. n°s 367 et suiv., et n° 388, *in fine*) : nous nous référons à nos observations, qui trouvent ici leur application.

Ceci dit sur les causes qui donnent lieu au droit de suite, voyons quelles sont les conditions auxquelles ce droit peut être exercé.

III. — 1118. Sous ce rapport, le droit de suite ne diffère pas du droit de préférence. Ainsi, ce dernier droit n'existe, comme nous l'avons vu dans le commentaire de l'art. 2134, et l'hypothèque ou le privilége (sauf les exceptions déterminées par la loi) ne passent à l'état de droit actif, ou ne constituent réellement la cause légitime *de préférence* dont parle l'art. 2094, qu'autant qu'ils ont été rendus publics (voy *suprà*, n°s 723 et suiv.); de même, sans la publicité, le *droit de suite* serait un droit inerte entre les mains du créancier. Il y a mieux : la formalité même qui donne la vie au droit de préférence est celle qui vivifie le droit de suite. C'est pour cela, ou du moins c'est l'une des raisons pour lesquelles le droit de préférence et le droit de suite sont présentés souvent comme absolument liés entre eux et comme tellement subordonnés que le créancier déchu du droit de suite serait, par cela même et nécessairement, déchu du droit de préférence. Ceci est une erreur, sans doute; car nous avons vu déjà (n°s 251 et 318), et nous aurons encore l'occasion de voir, notamment dans le commentaire de l'art. 2195, le droit de préférence survivant au droit de suite (2). Mais enfin il est vrai

(1) Voy. cependant Orléans, 10 janv. 1860 (*J. Pal.*, 1860, p. 135; Dall., 60, 5, 374).
(2) Ajoutons aussi que la loi du 21 mai 1858 a nettement marqué l'indépendance des droits et la survie du droit de préférence au droit de suite : d'une part, par l'ar-

de dire, en thèse générale, que les deux droits, parallèles sinon subordonnés, reçoivent la vie d'une seule et même formalité, de la formalité qui donne la publicicité au privilége ou à l'hypothèque, et que le droit de suite, à l'égal du droit de préférence, n'existe à l'état de droit réel que par cette formalité accomplie en temps utile. La règle peut fléchir en quelques circonstances exceptionnelles; et, sous ce rapport, il a pu être décidé que l'hypothèque non inscrite en temps utile peut encore être opposée à l'acquéreur quand il est établi que la vente n'est que le résultat d'une fraude combinée entre le vendeur et l'acquéreur pour soustraire l'immeuble vendu aux droits du créancier hypothécaire (1). Mais ceci n'infirme pas la règle dont nous avons maintenant à suivre les applications.

1119. Il y a un point à préciser tout d'abord : c'est l'époque à laquelle la formalité doit exister pour être réputée accomplie en temps utile. A cet égard, on le sait, des variations nombreuses et notables se sont produites dans la législation dont nous avons exposé déjà les phases diverses (voy. *suprà*, n°s 309 et suiv.). Rappelons ici que, sous le Code civil, et suivant une fausse donnée combattue plus haut (n°s 252 et suiv.), il fut admis que les créanciers privilégiés ou hypothécaires ne jouissaient du droit de suite qu'autant que l'hypothèque ou le privilége se trouvaient inscrits au moment où l'aliénation consentie par le débiteur faisait passer le gage hypothécaire des mains de celui-ci en celles du tiers acquéreur; ce fut donc l'aliénation à elle seule qui, dans cette première phase de la législation, arrêta le cours des inscriptions, même par rapport aux créanciers antérieurs du vendeur. Rappelons ensuite que le Code de procédure, autant et peut-être plus dans l'intérêt du Trésor que dans l'intérêt des créanciers si compromis par la doctrine, établit un nouvel état de choses par ses art. 834 et 835, et fit ainsi de la transcription des aliénations consenties par le débiteur une sorte de mise en demeure aux créanciers de prendre inscription. Dans cette seconde phase de la loi, non-seulement la vente consentie par le débiteur n'arrêta pas le cours des inscriptions, mais encore la transcription du contrat ne l'arrêta pas sur-le-champ; les créanciers eurent encore, après la transcription, un délai de quinze jours pendant lesquels leur droit subsista tout entier, même vis-à-vis des tiers acquéreurs, et put jouir de toutes ses prérogatives à la seule condition de se produire avant l'expiration du délai. Mais, sans insister davantage sur ces dispositions diverses de la loi, suffisamment expliquées *loc. cit.*, et qui, d'ailleurs, n'appartiennent plus aujourd'hui qu'à l'histoire de la législation, nous arrivons à la loi du 23 mars 1855, dont l'art. 6 règle maintenant la situation. « *A partir de la transcription,* dit cet article,

---

ticle 717, où, après avoir dit que le jugement d'adjudication dûment transcrit purge toutes les hypothèques, le législateur ajoute que « les créanciers n'ont plus d'*action hypothécaire que sur le prix* »; d'une autre part, par l'art. 772, qui, dans les aliénations volontaires, permet aux créanciers à hypothèque légale *déchus du droit de suite* d'exercer le droit de préférence à des conditions et dans les délais déterminés.

(1) Req., 10 avr. 1855 (S.-V., 55, 1, 653; *J. Pal.*, 1856, t. II, p. 30; Dall., 55, 1, 109).

les créanciers *privilégiés ou ayant hypothèque, aux termes des art.* 2123, 2127 *et* 2128 *du Code Napoléon,* ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire. — Néanmoins, le vendeur ou le copartageant peuvent utilement inscrire les priviléges à eux conférés par les art. 2108 et 2109 du Code Napoléon, *dans les quarante-cinq jours de l'acte de vente ou de partage, nonobstant toute transcription d'actes faits dans ce délai.* — Les art. 834 et 835 du Code de procédure civile sont abrogés. »

Ainsi, les créanciers ne sont plus exposés, comme nous en avons fait la remarque, au danger, que leur créait le Code civil, de voir leur droit réel se perdre par le seul effet de la vente que le débiteur aurait faite à leur insu. D'un autre côté, ils n'ont pas la latitude que leur laissait le Code de procédure, d'après lequel le droit réel acquis avant la vente, mais non encore inscrit, pouvait apparaître utilement dans la quinzaine qui suivait la transcription. Désormais la transcription elle-même arrête le cours des inscriptions (1), sauf l'exception faite en faveur de deux priviléges, celui du vendeur et celui du copartageant. C'est le retour, moins ce dernier détail, aux principes établis par la loi du 11 brumaire an 7 ; ou plutôt c'est la restitution du Code dans la pensée qui, selon nous, et ainsi que nous avons essayé de le démontrer au n° 253, avait présidé à sa rédaction. — Quoi qu'il en soit, voyons comment et dans quelle mesure la règle s'applique aux diverses hypothèques et aux priviléges.

1120. Quant aux hypothèques, la règle qui subordonne le droit de suite à l'existence d'une inscription au moment de la transcription de l'aliénation n'est susceptible d'aucune modification : c'est toujours la transcription du contrat en vertu duquel l'immeuble grevé passe aux mains du tiers acquéreur, qui arrêtera le cours des inscriptions.

Mais la règle est-elle applicable à toutes les hypothèques ? Non, la loi se limite par ses expressions mêmes. Déjà, sous le Code de procédure, dont l'art. 834 avait permis à l'hypothèque de se produire utilement au point de vue du droit de suite tant que l'aliénation n'avait pas été rendue publique par la transcription et même dans les quinze jours qui suivaient la transcription, on admettait que cette disposition n'était pas applicable aux hypothèques légales des femmes, des mineurs et des interdits, parce qu'elle se référait seulement aux art. 2123, 2127 et 2128 du Code civil; et, dès lors, que ces hypothèques, quoique non inscrites, suivaient les immeubles du mari ou du tuteur entre les mains des tiers détenteurs. Or l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855 implique la même réserve. En effet, de même que l'art. 834 du Code de procédure, il rappelle seulement l'art. 2123 relatif aux hypothèques judiciaires, et les art. 2127 et 2128, relatifs aux hypothèques conventionnelles ; de même que cet art. 834, il passe sous silence l'art. 2121,

(1) *Quid* lorsque la transcription d'un acte de vente d'immeubles et l'inscription d'une hypothèque sur ces immeubles par un créancier du vendeur ont lieu le même jour ? Il y a, sur ce point, une controverse dont nous avons rendu compte *suprà* n° 736 *bis*.

qui a trait aux hypothèques légales. Donc il faut dire aujourd'hui que l'hypothèque légale de la femme mariée, du mineur, de l'interdit, dispensée d'inscription au point de vue du droit de préférence (art. 2135; voy. *suprà,* nos 746 et suiv.), en est également dispensée au point de vue du droit de suite, et que, sauf le cas prévu par l'art. 8 de la loi nouvelle, celui où, à la date de l'aliénation que le tuteur ou le mari auraient pu consentir, une année serait écoulée depuis la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle (voy. *suprà*, nos 808 et suiv.), cette hypothèque, quoique non inscrite avant la transcription de l'aliénation, est opposable au tiers acquéreur. L'art. 2166, que l'on a parfois invoqué contre cette solution, n'y fait cependant pas obstacle; car cet article parle des créanciers ayant hypothèque *inscrite* sur un immeuble, ce qui indique, par l'expression même, que la disposition n'en est écrite que pour les hypothèques soumises à la formalité de l'inscription (1).

Ainsi, de toutes les hypothèques énumérées et définies par le Code dans les art. 2116 et 2117, seule l'hypothèque légale de la femme mariée, du mineur, de l'interdit, jouit du droit de suite indépendamment de l'inscription (sauf ce que nous dirons à l'art. 2194, en nous occupant de la purge); toutes les autres hypothèques doivent donc, pour rester attachées à l'immeuble et le suivre dans les mains du tiers acquéreur auquel il serait transmis par le débiteur, se trouver inscrites avant la transcription de l'aliénation. Telle est la règle, et elle s'applique non-seulement aux hypothèques *judiciaires* et *conventionnelles,* mais encore à l'hypothèque *légale* de l'État, des communes et des établissements publics. Car, si le principe, même pour cette dernière hypothèque comme pour celle de la femme mariée, du mineur et de l'interdit, est posé dans l'art. 2121, auquel ne se sont référés ni l'ancien art. 834 du Code de procédure, ni l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855, il n'en est pas moins vrai que cette hypothèque, à la différence de celle de la femme mariée, du mineur et de l'interdit, n'est pas dispensée d'inscription (voy. *suprà,* n° 726). Elle tombe donc directement sous la disposition de l'art. 2166, et, dès lors, l'efficacité en est subordonnée, à l'égard des tiers acquéreurs (droit de suite), non moins qu'à l'égard des créanciers (droit de préférence), à l'existence d'une inscription prise *en temps utile,* c'est-à-dire, lorsqu'il s'agit du droit de suite, avant la transcription du contrat qui a fait passer l'immeuble aux mains du tiers acquéreur.

1121. Quant aux priviléges, la règle leur est applicable également.

---

(1) *Conf.* Agen, 25 mars 1857 (S.-V., 57, 2, 432; *J. Pal.*, 1858, p. 212); Toulouse, 12 juin 1860 (S.-V., 60, 2, 546; Dall., 61, 2, 35; *J. Pal.*, 1861, p. 395). — Voy. aussi, en ce sens, Caen, 23 août 1839 (S.-V, 40, 2, 111). — *Junge :* MM. Tarrible (*Rép.*, v° Transcript.); Duranton (t. XX, n° 391); Carré et Chauveau (*L. de la proc. civ.*, quest. 2496 *quinq.*); Zachariæ (t. II, p. 150 et note 4); Benech (*Du Droit de préf.*, p. 147, à la note); F. Berriat Saint-Prix (*Not. théor.*, n° 8788); Seligman (l. 21 mai 1858, n° 79). — Voy. cependant Dijon, 14 déc. 1840 et Bourges, 23 mars 1841 (S.-V., 41, 2, 128; *J. Pal.*, 1841, t. II, p. 676), et MM. Troplong (n° 778 *quat.*) et Petit (*Des Surench.*, p. 313).

Ceci paraît avoir été mis en doute, et la raison de douter a été prise du texte même de la loi. L'art. 2166, a-t-on dit, consacre le droit de suite en faveur des créanciers « ayant privilége ou hypothèque *inscrite* sur un immeuble »; ce sont donc les créanciers *hypothécaires* seulement qui, dans les termes de la loi, sont obligés d'avoir leur hypothèque inscrite pour jouir du droit de suite. Mais ce n'était qu'une équivoque à laquelle le texte même ne se prêtait pas; car l'adjectif, employé au féminin ûniquement parce qu'il suit le mot hypothèque, se réfère évidemment aux deux substantifs qui le précèdent (1). Quoi qu'il en soit, tous les doutes avaient dû céder devant le Code de procédure, dont l'art. 835 (maintenant abrogé) obligeait les créanciers *privilégiés*, non moins que les créanciers hypothécaires, à s'inscrire dans la quinzaine de la transcription. Et ils ne peuvent pas davantage subsister aujourd'hui en présence de la loi du 23 mars 1855, dont l'art. 6 mentionne expressément aussi les créanciers *privilégiés*, pour dire qu'ils ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire à partir de la transcription. La règle est donc applicable aux priviléges. Mais comment et dans quelle mesure? Ceci a besoin d'être précisé.

1122. Et d'abord, en ce qui concerne les priviléges généraux créés par l'art. 2101, et qui, d'après l'art. 2104, grèvent subsidiairement les immeubles (*suprà*, n°s 242 et suiv.), la règle leur est applicable de la même manière qu'aux hypothèques. Sans doute ces priviléges ont été formellement dispensés d'inscription par l'art. 2107, et nous avons démontré plus haut que la dispense subsiste même après la loi du 23 mars 1855 (voy. n° 313). Mais elle subsiste telle qu'elle a été établie par le Code civil. Or ces priviléges n'ont été dispensés d'inscription qu'au point de vue *du droit de préférence*, que règle ou auquel se réfère l'art. 2107 : la généralité des termes de la loi, soit que l'on s'arrête au texte de l'art. 2166, soit que l'on s'attache à celui de l'art. 6 de la loi de 1855, ne permet pas de dire que la dispense a été consacrée aussi en ce qui concerne le droit de suite. Donc les créanciers de l'art. 2101 ne jouiront pas du droit de suite si leur privilége n'est pas inscrit avant la transcription du contrat qui aurait fait passer aux mains d'un tiers acquéreur l'immeuble subsidiairement affecté à leur profit (2).

1123. Relativement au privilége des entrepreneurs et des ouvriers, les mesures qui en assurent la conservation doivent, après la loi de 1855, être remplies au point de vue du droit de suite, comme nous nous en sommes expliqué dans notre commentaire des art. 2106 et suivants (voy. n°s 276 et suiv.). Ainsi, le privilége, soumis qu'il est à la formalité de l'inscription, a-t-il été inscrit avant le commencement des travaux, il est conservé, tant au point de vue du droit de préfé-

---

(1) La loi belge du 16 déc. 1851 a cru devoir couper court à la difficulté en substituant les mots « privilége ou hypothèque *inscrits* » à ceux de notre article. Voy. MM. Delebecque (*Comm. législ.*, p. 363) et Martou (t. III, p. 297).

(2) Voy. MM. Delvincourt (t. III, p. 271); Tarrible (*Rép.*, v° Priv.); Grenier (t. II, n° 457); Persil (art. 2107); Troplong (n° 273); Martou (n° 1245).

rence qu'au point de vue du droit de suite. Au contraire, l'entrepreneur ou l'ouvrier a-t-il négligé d'inscrire le procès-verbal avant le commencement des travaux, le privilége est sans effet, il n'existe même pas; et si l'immeuble réparé ou construit passe des mains du propriétaire dans celles d'un tiers acquéreur, la transcription de la vente met obstacle au privilége tant pour le droit de suite que pour le droit de préférence. Telles sont, comme nous le disons au n° 315, les hypothèses qui se présentent habituellement.

Mais il peut arriver que la vente ait lieu soit au cours des travaux, soit après l'achèvement des travaux et avant leur réception.

Dans le premier cas, on distinguera si l'acquéreur a laissé continuer les travaux, ou s'il s'est opposé à leur continuation. A-t-il laissé continuer les travaux, il a succédé aux obligations de son vendeur, on peut dire même qu'il a virtuellement traité avec les entrepreneurs ou avec les ouvriers pour la terminaison des ouvrages; par cela même, il n'est pas un tiers vis-à-vis des ouvriers ou des entrepreneurs; et, dès lors, la transcription de son contrat ne saurait purger le privilége de ceux-ci (1). S'est-il opposé à la continuation des travaux, il suffirait, pour la conservation du privilége, tant au point de vue du droit de suite qu'au point de vue du droit de préférence, qu'il y eût, avant la transcription du contrat, inscription du premier des deux procès-verbaux dont parle l'article 2110. Si l'entrepreneur, dirons-nous avec M. Grenier (2), ne pouvait conserver son privilége qu'au moyen de l'inscription des deux procès-verbaux faite avant la transcription, il y devrait nécessairement renoncer; car, comment ce procès-verbal serait-il inscrit quand il ne peut pas même être rédigé, les travaux n'étant pas encore finis?...

Dans le second cas, c'est-à-dire si la vente a lieu après l'achèvement des travaux, mais avant leur réception, le sort du privilége doit être réglé d'après les circonstances. Sous l'empire du Code de procédure, quand la transcription était une mise en demeure qui donnait au créancier un délai de quinze jours, on pouvait, à tout prendre, décider que l'ouvrier ou l'entrepreneur qui, au cas proposé, ne s'était pas mis en mesure dans ce délai de quinzaine, encourait par cela même la déchéance (3). Mais aujourd'hui que la transcription, au lieu d'être une mise en demeure, est l'acte qui arrête le cours des inscriptions, il serait équitable de maintenir le privilége dans tous les cas où l'achèvement des travaux serait séparé de la transcription du contrat de vente par un intervalle trop court pour que l'ouvrier ou l'entrepreneur eût pu faire recevoir les travaux et inscrire le procès-verbal de réception (4).

1124. En ce qui concerne le vendeur et le copartageant, la loi du 23 mars 1855 les place, comme on vient de le voir, dans une position

---

(1) Voy. Lyon, 13 mars 1830 (Dall., 31, 2, 193). — Voy. aussi MM. Troplong (n° 321); Rivière et Huguet (n° 320).

(2) Voy. M. Grenier (t. II, n° 410). — *Junge* les auteurs cités à la note précédente. — Voy. aussi Req., 18 nov. 1868 (Dall., 69, 1, 89; S.-V., 70, 1, 241; *J. Pal.*, 1870, p. 622).

(3) Voy. M. Troplong (*loc. cit.*).

(4) *Sic* : MM. Rivière et Huguet (n° 321).

tout exceptionnelle : tandis que la propriété est purgée, à l'égard de tous autres créanciers, par le seul effet de la transcription, elle ne l'est pas nécessairement à leur égard, et leur privilége peut se produire, même après la transcription, si quarante-cinq jours ne se sont pas écoulés depuis que leur créance est née.

Ainsi, pour le copartageant, le droit de suite qu'engendre son privilége se conserve, ou du moins la faculté de prendre inscription à l'effet de conserver le droit de suite subsiste pendant les quarante-cinq jours qui suivent l'acte ou le jugement dans lequel le privilége a pris naissance, et cette faculté peut être exercée nonobstant la transcription qui aurait été faite de l'acte ou du jugement dans ce délai. Nous nous sommes expliqué déjà sur cette faveur accordée par la loi au copartageant (voy. *suprà,* n° 318), et, sans y insister davantage, nous nous bornons à rappeler que la disposition de la loi de 1855 n'a pas abrogé les dispositions du Code civil sur le *droit de préférence,* et que ce dernier droit, même en supposant la perte du droit de suite par l'expiration des quarante-cinq jours sans inscription, subsisterait, dans les termes que nous avons indiqués *loc. cit.,* pendant les soixante jours dont parle l'art. 2109 du Code civil.

Pour le vendeur, auquel ce même délai de quarante-cinq jours est accordé par la loi nouvelle, nous nous référons également aux observations présentées *suprà,* n°s 261 et 317. Ajoutons seulement que le moyen de conserver le droit de suite vis-à-vis d'un tiers acquéreur auquel l'acquéreur primitif a transmis l'immeuble par lui acquis sera naturellement l'*inscription.* Nous avons dit, au n° 263, qu'une inscription *par le vendeur* serait sans objet après la transcription, et qu'avant la transcription, toute inscription serait impossible. C'est exact tant qu'il s'agit de conserver le droit de préférence en vue duquel nous avons eu à nous expliquer *loc. cit.,* et nous ne pouvons que maintenir ici les considérations par lesquelles notre proposition est justifiée (1). Mais lorsqu'il s'agit pour le vendeur primitif, se trouvant en présence d'un sous-acquéreur qui a consolidé la propriété sur sa tête en faisant transcrire son contrat, d'assurer ou de conserver le droit de suite en vue duquel la loi du 23 mars 1855 dispose spécialement, on conçoit qu'il en puisse être autrement. Ce n'est plus sur lui-même alors que le vendeur primitif inscrirait son privilége; c'est en réalité contre le sous-acquéreur, sur la tête duquel la propriété est consolidée par la transcription qu'il a opérée. Il n'y a donc rien d'anormal à admettre le vendeur primitif, dont la vente n'a pas été transcrite, à prendre, pour conserver le privilége à ce point de vue du droit de suite, l'*inscription,* qui est précisément la formalité indiquée par la loi de 1855. Et il y doit être admis, pendant quarante-cinq jours à partir de la vente, nonobstant toute transcription d'actes pendant ce délai (2).

---

(1) M. Mourlon critique cependant cette proposition avec une énergie extrême (*Rev. prat.,* t. II, p. 499, 515, 526 et suiv.). C'est pour ne l'avoir pas comprise qu'il s'en est montré trop affecté. Voy. aussi M. Verdier (n° 511).

(2) Les auteurs en général pensent que ce n'est pas là un terme fatal à l'expiration

D'ailleurs, ceci implique l'idée que, dans le cas de ventes successives d'un même immeuble, la transcription de la dernière ne conserve pas le privilége des précédents vendeurs dont les contrats n'auraient pas été transcrits. Et en effet, nous estimons, avec la majorité des auteurs et avec la jurisprudence, que le privilége du vendeur se conserve par la transcription du contrat d'où il résulte (*suprà*, n° 265), et non par celle des contrats ultérieurs, parce que c'est par la transcription du titre même qui a transféré la propriété à l'acquéreur que le privilége du vendeur auquel tout ou partie du prix reste dû reçoit réellement sa publicité même quand la transcription du dernier contrat fait mention des contrats antérieurs ou en relate la substance (1). En est-il de même par rapport à la transcription considérée comme préliminaire de la purge? Nous nous occupons de ce point dans le commentaire des art. 2181 et 2182 (*infrà*, n° 1292).

1125. Il nous resterait à parler des créanciers et légataires demandant la séparation des patrimoines. Toutefois, nous l'avons démontré plus haut en commentant les art. 2106 et suivants, le droit de ces créanciers et légataires ne peut être considéré comme un privilége ordinaire. C'est un droit *suî generis*, un droit de préférence dépourvu de ce *droit de suite* qui est le complément du privilége sur les immeubles, un droit dont, par cela même, la loi du 23 mars 1855 ne s'est occupée dans aucune de ses dispositions. Nous n'avons donc rien à dire de plus sur la séparation des patrimoines que ce que nous avons exposé en traitant de la conservation des priviléges au point de vue du droit de préférence (voy. *suprà*, n° 314) (2). Nous y renvoyons le lecteur, et nous passons au dernier point, que nous avons à préciser pour compléter le commentaire de l'art. 2166.

IV. — 1126. Il s'agit de déterminer les conséquences et le but du droit de suite dont cet article pose le principe. Ils sont nettement indiqués par l'expression même : les créanciers privilégiés et hypothécaires suivent, en quelques mains qu'il passe, l'immeuble sur lequel ils sont inscrits, *pour être colloqués et payés suivant l'ordre de leurs créances*

---

duquel le privilége du vendeur, s'il n'a pas été conservé antérieurement, doive dégénérer en une simple hypothèque en vertu de l'art. 2113. Voy. MM. Aubry et Rau (t. II, p. 800, note 5; 4e édit., t. III, p. 357, note 5); Rivière et François (n° 102); Rivière et Huguet (n° 365); Mourlon (*Exam. crit.*, n°s 371 et 378); Troplong (*Transcr.*, n° 279) Voy. cependant M. Flandin (*Transcr.*, n°s 1094 et suiv.). Voy. aussi *suprà*, n° 308. — N'oublions pas, d'ailleurs, que nous sommes ici dans l'hypothèse où le privilége du vendeur ne se trouve pas conservé à défaut de transcription au moment où le sous-acquéreur fait lui-même transcrire son propre contrat. Que si, au contraire, la première vente se trouvait transcrite à ce moment, le privilége du vendeur serait par cela seul acquis et définitivement assuré même au point de vue du droit de suite, sans aucune nécessité de renouvellement. Nous appliquerions ici la solution du n° 274 : ce serait au sous-acquéreur à ne pas payer son prix sans exiger la preuve de la libération de son vendeur.

(1) Jugé même que l'inscription d'office prise contre l'acquéreur suffit pour conserver le privilége du vendeur et en autoriser l'exercice en quelques mains que l'immeuble passe ensuite. Rej., 12 juin 1865 (*J. Pal.*, 1865, p. 739; S.-V., 65, 1, 298; Dall., 65, 1, 444).

(2) Voy. cependant M. F. Berriat Saint-Prix (*Not. théor.*, n° 8511, aux add., et loi du 23 mars 1855, n° 28).

ou inscriptions. La loi montre par là que le droit de suite tend à la réalisation du gage par l'expropriation à la suite de laquelle s'ouvrira l'ordre où les créanciers inscrits se feront colloquer.

Par là se trouve suppléée, dans notre régime hypothécaire actuel, l'action en déclaration d'hypothèque qui était admise et pratiquée sous notre ancienne jurisprudence. Quand l'hypothèque était secrète, il fallait nécessairement une déclaration publique de son existence pour pouvoir agir par la voie exécutoire contre un tiers détenteur. De là ces actions hypothécaires aboutissant à un jugement qui, après avoir déclaré l'immeuble hypothéqué à la créance, condamnait le détenteur à délaisser l'immeuble pour être saisi et adjugé par décret au dernier enchérisseur (1). Aujourd'hui que les hypothèques et les priviléges n'existent à l'état de droits actifs qu'à la condition d'être publics, il n'est plus besoin d'un jugement qui en déclare l'existence. Aussi l'action en déclaration d'hypothèque se trouve-t-elle abolie en tant qu'elle aurait pour objet de faire condamner le tiers détenteur au payement de la créance privilégiée ou hypothécaire (2).

Bien entendu, l'action subsiste toujours, en tant qu'elle tendrait uniquement à l'interruption de la prescription à l'égard des tiers. Il existe pourtant des arrêts desquels il résulte que le créancier dont la créance n'est payable qu'au décès du débiteur n'a pas, pour empêcher la prescription par le tiers détenteur, à exercer contre ce dernier l'action hypothécaire en interruption, usitée autrefois dans une partie de la France *et que la loi nouvelle, d'ailleurs, n'a pas conservée* (3). Mais on ne saurait aller jusque-là. Marcadé a démontré, dans son commentaire *De la Prescription,* que cette action d'interruption conserve encore son utilité, et qu'elle peut être formée sous le Code civil, spécialement quand il s'agit d'une créance conditionnelle ou inexigible. La doctrine et la jurisprudence sont généralement fixées en ce sens (4). Encore une fois, c'est seulement en tant qu'elle tendrait à faire condamner le tiers détenteur au payement que l'action en déclaration d'hypothèque est maintenant abolie. Le droit de suite y supplée en ce qu'il permet d'agir directement par cette voie de l'expropriation forcée, qui est son but et sa fin même, et à la suite de laquelle doit s'ouvrir l'ordre où les créanciers inscrits se feront colloquer *pour être payés suivant leur rang d'inscription.*

1126 *bis.* Sur ce point s'est élevée une difficulté touchant spécia-

(1) Voy. Loyseau (*Du Déguerp.*, liv. 3, chap. 4).

(2) Voy. Cass., 15 janv. 1808; Rej., 6 mai 1811; Nîmes, 18 nov. 1830 (S.-V., 31, 2, 146; Dall., 31, 2, 141; *J. Pal.*, à leur date). Voy. aussi MM. Persil (art. 2180, n° 42); Grenier (n° 329); Troplong (n° 779 *bis*). — Voy. cependant Paris, 13 nov. 1811, et Grenoble, 1er juin 1824.

(3) Arrêt de la Cour de cass., du 4 mai 1846, cité par Marcadé (art. 2257, n° 2); Bourges, 19 déc. 1855 (*J. Pal.*, 1856, t. I, p. 33).

(4) Voy., outre les autorités citées par Marcadé (*loc. cit.*) : Colmar, 1er déc. 1810; Cass., 27 avr. 1812; Metz, 5 août 1823; Grenoble, 10 mars 1827; Caen, 23 mars 1847; Besançon, 19 déc. 1855 (S.-V., 48, 2, 760; 56, 2, 299; *J. Pal.*, 1849, t. I, p. 338; Dall., 49, 2, 62). Voy. aussi MM. Demante (*Rev. crit.*, t. IV, p. 455); Mourlon (t. III, p. 516); Aubry et Rau (t. II, p. 870, note 2; 4e édit., t. III, p. 436, note 2).

lement à l'étendue de ce droit de suite. Voici l'hypothèse. Un ordre s'ouvre à la suite de la réalisation du gage hypothécaire. Le premier créancier inscrit se trouve être un rentier viager, dans l'intérêt duquel, en suivant la pratique habituelle, on met en réserve un capital suffisant dont le détenteur est chargé de payer les intérêts au crédi-rentier pour les arrérages qui lui sont dus; et les créanciers venant après celui-ci sont colloqués sur la nue propriété de ce même capital, pour le toucher quand il deviendra libre, c'est-à-dire à l'extinction de la rente viagère. La question est de savoir si ces créanciers, et plus particulièrement celui qui, à raison de son rang, serait payé le premier sur le capital en tant qu'il serait libre, trouve dans le droit de suite dont son hypothèque est investie la faculté de saisir et faire vendre ce capital, pour s'en faire attribuer le prix jusqu'à concurrence de sa créance, dont il obtiendrait ainsi le payement immédiat. Le Tribunal de la Seine et la Cour de Paris s'étaient prononcés pour l'affirmative. Mais sur le pourvoi dont elle a été l'objet, la décision a été cassée. La Cour suprême a pensé que par l'attribution qui avait été faite à ce créancier et à ceux qui le suivaient dans l'ordre pour recevoir le capital *selon leurs rangs,* lorsqu'il deviendrait exigible, au fur et à mesure de l'extinction des rentes viagères, le droit de tous avait été réglé et consommé; et qu'ils ne pouvaient plus, par voie d'opposition et de saisie-arrêt, faire vendre un capital qui avait cessé d'être la propriété de leur débiteur (1). La solution est, à notre avis, parfaitement juridique. L'indisponibilité momentanée du capital nécessaire au service de la rente est, dans l'espèce, une conséquence du rang des créanciers dans l'ordre d'après lequel doivent avoir lieu les collocations et le payement : les créanciers ne peuvent pas ne pas la subir. Ils ont tous accepté des hypothèques dont l'efficacité était subordonnée à l'extinction de la rente qui les primait toutes; il ne faut pas que l'un d'eux, levant, à son profit, l'obstacle résultant pour tous de l'indisponibilité actuelle du capital, puisse vendre ce capital pour s'en faire attribuer le prix, et par là enlever à ceux qui le suivent dans l'ordre la chance d'être payés aussi en tout ou en partie si la rente venait à s'éteindre du jour au lendemain.

1127. Ceci dit, répétons que le but final, l'objet unique du droit de suite, c'est l'expropriation. On a parfois avancé que, par l'exercice du droit de suite, le détenteur *serait tenu de délaisser ou de payer,* ce qui, en mettant le payement ou le délaissement dans l'obligation du détenteur, ferait du délaissement ou du payement l'objet même du droit de suite. Ceci n'est point dans la vérité juridique. Il n'y a d'autre obligation, pour le détenteur, que celle de subir l'expropriation. Seulement, la loi, tenant compte du motif qui fait agir le créancier, lequel motif n'est autre que de recouvrer sa créance, donne au tiers détenteur, outre la faculté de purger dont nous parlerons au chapitre VIII, cette autre faculté, soit d'éviter l'expropriation en payant la totalité de la dette hy-

---

(1) Cass., 22 janv. 1851 (S.-V., 51, 1, 5; Dall., 51, 1, 5; *J. Pal.*, 1852, t. I, p. 601). — Voy. aussi M. Carette (S.-V., *loc. cit.*, à la note).

pothécaire, soit de s'y soustraire en délaissant l'immeuble hypothéqué. (Voy. *infrà,* nº 1129.)

Ainsi, subir l'expropriation forcée, sauf la faculté soit de payer, soit de délaisser, telle est la situation du tiers acquéreur en présence du droit de suite. Cette situation est envisagée sous ses aspects divers dans les art. 2167 et suivants. Mais avant d'aborder le commentaire de ces articles, nous nous arrêterons un instant au droit de suite en ce qui concerne l'hypothèque maritime.

V. — 1127 *bis*. Ce droit est réglé par la loi du 10 décembre 1874, dont l'art. 18, § 1er, est ainsi conçu : « Les créanciers ayant hypothèque inscrite sur un navire ou portion de navire le suivent, en quelques mains qu'il passe, suivant l'ordre de leurs hypothèques. » Du reste, la loi nouvelle n'a pas eu à créer ce droit de suite, « car, a dit le rapporteur de la commission à l'Assemblée nationale, en matière maritime, il existe d'une manière générale au profit de tous les créanciers. Seulement, elle lui donne la durée et la persistance sans lesquelles la garantie offerte au créancier serait précaire et insuffisante. Attaché à l'hypothèque, le droit de suite dure, en principe, autant qu'elle. La vente volontaire du navire suivie d'un voyage accompli sous le nom du nouveau propriétaire ne le purgera pas ». Ainsi, en appliquant à l'hypothèque maritime le droit de suite qui, d'après l'art. 190 du Code de commerce, existait déjà au profit des créanciers privilégiés et même des créanciers chirographaires, la loi nouvelle a enlevé à ce droit ce qu'il a de précaire dans les termes de l'art. 193 du même Code.

Mais ce n'est pas tout. La loi nouvelle admettant que l'hypothèque maritime peut porter non-seulement sur la propriété entière du navire dans l'intérêt commun des copropriétaires, mais encore dans un intérêt privé sur une part indivise de la propriété, il y avait à préciser les effets du droit de suite dans cette dernière hypothèse. Aussi, l'art. 18 ajoute-t-il : « Si l'hypothèque ne grève qu'une portion du navire, le créancier ne peut saisir et faire vendre que la portion qui lui est affectée. Toutefois, si plus de la moitié du navire se trouve hypothéquée, le créancier pourra, après saisie, le faire vendre en totalité, à charge d'appeler à la vente les copropriétaires. — Dans tous les cas de copriété autres que ceux qui résultent d'une succession ou de la dissolution d'une communauté conjugale, par dérogation à l'art. 883 du Code civil, les hypothèques consenties durant l'indivision, par un ou plusieurs copropriétaires, sur une portion de navire, continuent à subsister après le partage ou la licitation. — Toutefois, si la licitation s'est faite en justice, dans les formes déterminées par les art. 201 et suivants du Code de commerce, le droit des créanciers n'ayant hypothèque que sur une portion du navire sera limité au droit de préférence sur la partie du prix afférente à l'intérêt hypothéqué. »

Il y a là une double dérogation aux règles du droit commun.

Et d'abord, la loi part bien de l'idée que les effets de l'hypothèque sont limités d'après l'étendue des droits du débiteur, et en conséquence elle dit que si l'hypothèque ne grève qu'une portion du navire,

le créancier ne peut saisir et faire vendre que la portion qui lui est affectée. Mais l'exception vient aussitôt : le créancier pourra, néanmoins, après saisie, faire vendre le navire en totalité, *si plus de la moitié se trouve hypothéquée*. En cela, la loi déroge au principe de l'art. 2205 du Code civil d'après lequel « la part indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une succession ne peut être mise en vente par ses créanciers personnels, avant le partage ou la licitation qu'ils peuvent provoquer s'ils le jugent convenable... » (1) Ainsi, en matière maritime, le créancier hypothécaire, quel qu'il soit, premier ou dernier inscrit, peut, dès que plus de la moitié du navire se trouve hypothéquée, le saisir et le faire vendre en totalité, sans avoir à provoquer la licitation préalablement à la saisie. « Sur ce point, dit M. René Millet, la législation anglaise offre un curieux contraste avec la nôtre. On y voit, en effet, (art. 61, *Merch. Ship. act.*) qu'un créancier hypothécaire *a le droit absolu de disposer* du navire ou de la part qui lui est affectée, et de délivrer un reçu valable en échange du prix de vente. Une seule restriction existe : il faut qu'il ne soit pas primé par d'autres créanciers inscrits avant lui. On retrouve ici quelque chose du droit romain, suivant lequel le droit de vente appartient au créancier hypothécaire premier en date.... » (V. *infrà*, n° 1143.) (2)

D'une autre part, la loi s'occupe du sort de l'hypothèque consentie durant l'indivision par un copropriétaire du navire, lorsque l'indivision vient à cesser. En droit commun, le point est réglé d'après la fiction de l'art. 883 du Code civil et par suite l'existence ou l'efficacité de l'hypothèque est subordonnée à l'événement du partage et à ses éventualités (*suprà*, n° 640). L'art. 18 de la loi du 10 décembre 1874 déroge expressément à cette règle sinon d'une manière absolue, au moins pour tous les cas d'indivision ou de copropriété autres que ceux résultant d'une succession ou de la dissolution d'une société conjugale. Mais, nous avons expliqué ce point dans notre commentaire de l'art. 2125 (*suprà*, n° 640 *bis*), et nous n'avons pas à y revenir. Ajoutons seulement qu'en maintenant l'hypothèque, sauf dans les deux cas d'indivision spécifiés, la loi fait une notable restriction qui précisément se rapporte au droit de suite dont nous nous occupons ici. En effet, d'après la disposition finale de l'art. 18, si le créancier ayant hypothèque sur une part indivise du navire conserve toujours son droit de préférence quel que soit l'événement de la licitation ou du partage, il ne garde que ce droit et perd le droit de suite dans le cas où la licitation s'est faite en justice dans les formes déterminées par les art. 201 et suivants du Code de commerce. Dans ce cas, a dit le rapporteur de la loi, « l'adjudication ayant été précédée de la publicité la plus complète, on doit croire que le navire a atteint son maximum de prix, et, dès lors, il y aurait plus

(1) L'art. 2205, bien qu'écrit en vue de l'indivision *entre cohéritiers*, s'étend néanmoins aux autres cas d'indivision. Voy. *infrà* notre commentaire de cet article.
(2) Voy. M. René Millet (*Bull. de la Soc. de législ. comp.*, 5e année, p. 103 et 104).

d'inconvénients que d'avantages à donner aux créanciers le droit de poursuivre une nouvelle vente. » (1)

2167. — Si le tiers détenteur ne remplit pas les formalités qui seront ci-après établies, pour purger sa propriété, il demeure, par l'effet seul des inscriptions, obligé comme détenteur à toutes les dettes hypothécaires, et jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire.

2168. — Le tiers détenteur est tenu, dans le même cas, ou de payer tous les intérêts et capitaux exigibles, à quelque somme qu'ils puissent monter, ou de délaisser l'immeuble hypothéqué, sans aucune réserve.

2169. — Faute par le tiers détenteur de satisfaire pleinement à l'une de ces obligations, chaque créancier hypothécaire a droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué, trente jours après commandement fait au débiteur originaire, et sommation faite au tiers détenteur de payer la dette exigible ou de délaisser l'héritage.

2170. — Néanmoins le tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé à la dette, peut s'opposer à la vente de l'héritage hypothéqué qui lui a été transmis, s'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du principal ou des principaux obligés, et en requérir la discussion préalable selon la forme réglée au titre *Du Cautionnement :* pendant cette discussion, il est sursis à la vente de l'héritage hypothéqué.

2171. — L'exception de discussion ne peut être opposée au créancier privilégié ou ayant hypothèque spéciale sur l'immeuble.

SOMMAIRE.

I. 1128. La loi présente ici, dans son ensemble et sous ses aspects divers, la situation du tiers détenteur qui, ne remplissant pas les formalités déterminées pour purger sa propriété, est soumis à l'exercice du droit de suite par les créanciers inscrits. — 1129. Transition aux trois partis que le tiers détenteur peut prendre dans cette situation.

II. 1130. Le tiers détenteur a la faculté, pour prévenir ou arrêter l'expropriation, de payer la dette hypothécaire. En ce cas, il doit payer la *totalité* de la dette hypothécaire; mais il jouit des termes et délais accordés au débiteur principal. — 1131. Ainsi, quant aux capitaux non encore exigibles, le tiers détenteur devra les acquitter au fur et à mesure des échéances, à moins que le débiteur principal n'ait perdu le bénéfice du terme par son fait, ou, en sens inverse, qu'il n'ait obtenu un délai de grâce. — 1132. Quant aux capitaux exigibles, le tiers détenteur doit les acquitter à quelques sommes qu'ils puissent monter, avec leurs accessoires, c'est-à-dire les frais et les intérêts; mais, en ce qui concerne les intérêts, il peut invoquer le bénéfice de l'art. 2151. Controverse. — 1133. Le tiers détenteur qui a pris ce premier parti a le bénéfice de la subrogation légale vis-à-vis du débiteur principal, de sa caution et des autres tiers détenteurs. Conséquences et applications.

III. 1134. Le tiers détenteur a un autre parti à prendre s'il ne veut pas payer la

(1) Voy. cependant les critiques dirigées par M. T. Morel contre cette disposition de la loi (*Op. cit.*, nos 168 et suiv.).

dette hypothécaire : il peut délaisser l'immeuble hypothéqué. — 1135. Néanmoins le délaissement ne peut être fait lorsque le tiers détenteur doit encore son prix d'acquisition et que les créances inscrites ne s'élèvent pas au-dessus de ce prix, ou même lorsque, les créances étant supérieures, les créanciers se contentent du prix et donnent mainlevée de l'inscription. — 1136. Le délaissement est un abandon non point de la propriété, mais de la simple détention et occupation. — 1137. C'est un abandon fait aux créanciers, non pas pour qu'ils retiennent l'immeuble, mais pour qu'ils poursuivent la réalisation du prix. — 1138. Mais quelle que soit la valeur de l'immeuble grevé, et cette valeur fût-elle supérieure au montant des créances privilégiées ou hypothécaires, l'abandon doit être complet et fait sans réserve d'aucune partie de l'immeuble. — 1139. Le tiers détenteur est dans les conditions de la loi, sous ce rapport, si, ayant aliéné une portion de l'immeuble avant l'action des créanciers, il délaisse sans aucune réserve les portions qui lui restent — 1140. De la fin du delaissement, de ses effets et de la capacité requise pour l'effectuer : renvoi.

IV. 1141. Lorsque le tiers détenteur n'use pas de la faculté qu'il a soit de payer, soit de délaisser, il doit subir l'expropriation forcée. — 1142. Toutefois, les créanciers n'ont le droit de faire vendre l'immeuble qu'autant que la dette est exigible. — 1143. Mais dès qu'il y a dette ou portion de dette exigible, *tout créancier inscrit* ou dispensé d'inscription a le droit de faire vendre l'immeuble sur le tiers détenteur, sans être tenu, quoique cela soit contesté, de donner caution ; — 1144. A la condition de faire *commandement* au débiteur principal, et *sommation* au tiers détenteur, trente jours avant de poursuivre la vente : peu importe l'ordre dans lequel les deux actes sont faits.

V. 1145. La nécessité du commandement s'induit du principe posé par l'art. 673 du Code de procédure. — 1146. Il ne peut être fait qu'en vertu d'un titre exécutoire. — 1147. Ses formes sont celles de l'art. 673 du Code de procédure, et la péremption de l'art. 674 lui est applicable : controverse. — 1148. Le tiers détenteur a qualité pour opposer le défaut de commandement qui doit être fait au débiteur, et les nullités autres, cependant, que celles de pure forme.

VI. 1149. Quant à la sommation, elle est la mise en demeure faite au tiers détenteur. — 1150. Il suffit qu'elle soit faite en la forme ordinaire des exploits, et elle ne se périme que par un délai de *trois ans* écoulés sans poursuites. — 1151. C'est au tiers détenteur lui-même, ou à ceux qui le représentent s'il est incapable, que la sommation doit être faite : conséquences.

VII. 1152. Les poursuites de vente ne peuvent être entamées qu'après *trente jours* depuis le commandement ou la sommation. — 1153. Aucun des deux jours termes ne doit être compris dans le calcul du délai.

VIII. 1154. Si les poursuites commencées par un créancier sont abandonnées, chacun des autres créanciers peut les reprendre sans avoir à réitérer la sommation; mais il doit réitérer le commandement : controverse.

IX. 1155. La vente est poursuivie en la forme des expropriations forcées.

X. 1156. Même quand le tiers détenteur n'a usé ni de la faculté de payer la dette ni de celle de délaisser, il peut encore ne pas subir l'expropriation : il peut opposer l'exception de discussion. — 1157. Critique de la loi en ce que l'exception est contraire à la rigueur des principes. — 1158. L'exception est purement dilatoire et procure seulement un sursis.

XI. 1159. Le droit de l'opposer ne peut être exercé dans tous les cas. — 1160. Ainsi, il n'appartient pas au détenteur qui est personnellement obligé à la dette à un titre quelconque, même comme caution. — 1161. Et il ne peut être exercé vis-à-vis d'un créancier privilégié ou ayant sur l'immeuble une hypothèque *spéciale*, alors même que cette hypothèque est constituée dans le cas exceptionnel de l'art 2130.

XII. 1162. D'autres conditions encore sont nécessaires pour que l'exception de discussion puisse être utilement opposée par le tiers détenteur. — 1163. Il faut qu'il reste des biens qui puissent être discutés en la possession soit du débiteur, soit des principaux obligés. — 1164. Il faut ensuite que les immeubles restés en la possession du débiteur ou des principaux obligés soient hypothéqués à la dette même à l'occasion de laquelle le détenteur est poursuivi : discussion.

XIII. 1165. Le bénéfice de discussion doit être proposé selon la forme réglée au titre *Du Cautionnement* : application des art. 2022, 2023, 2024.

XIV. 1166. Indépendamment de l'exception de discussion, l'ancienne jurisprudence en avait admis quatre autres en faveur du détenteur : renvoi. — 1167. L'exception de garantie doit encore lui être réservée ; — 1168. Mais non l'exception *cedendarum actionum* : controverse.

I. — 1128. Tout tiers détenteur qui acquiert la propriété totale ou partielle d'immeubles affectés hypothécairement a deux partis à prendre entre lesquels il est absolument libre de choisir : il peut, en remplissant les formalités de la purge, libérer les immeubles ou les portions d'immeubles par lui acquis des priviléges et des hypothèques qui les grèvent; ou, à défaut, subir les poursuites des créanciers dont le gage hypothécaire est, en tout ou en partie, passé entre ses mains. Nos articles décrivent ici, dans son ensemble et sous ses aspects divers, la situation du tiers détenteur qui, ne remplissant pas les formalités de la purge dont nous traitons aux chapitres VIII et IX, reste soumis aux poursuites des créanciers.

Cette situation, dans les termes de ces articles, présente trois aspects divers. Accidentellement tenu à cause de l'immeuble grevé, mais uniquement parce qu'il en est actuellement détenteur, l'acquéreur peut éteindre les hypothèques et les priviléges en payant la totalité de la dette hypothécaire, et, par ce moyen, conserver l'immeuble sans en pouvoir être évincé du chef des créanciers; — en second lieu, et précisément parce qu'il n'est assujetti au payement que comme détenteur et à raison de sa détention, l'acquéreur peut délaisser l'immeuble aux créanciers de qui émane la poursuite, et, par là, se trouver à l'instant même libéré; — enfin, si l'acquéreur n'use ni de l'une ni de l'autre faculté qu'il a de payer ou de délaisser, tout créancier hypothécaire ou privilégié, pourvu qu'il soit inscrit, sauf les exceptions déterminées, a le droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué ou grevé de privilége. Si nous ajoutons maintenant que, dans ce dernier cas, l'expropriation n'est pas nécessairement inévitable, et que le tiers détenteur peut, selon les circonstances, l'écarter provisoirement ou définitivement en opposant certaines exceptions, et notamment l'exception de discussion à l'action du créancier, nous aurons résumé la situation telle que nos articles en présentent l'ensemble.

1129. Nous allons la reprendre dans ses détails; mais, auparavant, nous rectifierons dans le texte quelques expressions inexactes ou au moins équivoques; non pas qu'avec la majorité des auteurs nous reprochions à ce texte d'avoir mis avant l'obligation prétendue de délaisser celle de payer, et de n'avoir pas compris, comme on a coutume de le dire, que, la conclusion étant dirigée contre la chose et non contre la personne dans toute action réelle, il fallait consacrer en faveur du créancier le droit de demander au tiers détenteur, non pas le payement de la dette, ce qui n'est pour celui-ci qu'une faculté, mais le délaissement de la chose, ce qui serait principalement son obligation (1). Après

---

(1) Voy. MM. Delvincourt (t. III, p. 179, n° 7); Duranton (t. XX, n° 233); Troplong (n°s 782 et 783); Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 516). — Les rédacteurs de la loi belge du 16 déc. 1851 ont accueilli ces critiques. Ils ont exprimé, dans la discussion préparatoire, que « le payement de la dette est, pour le détenteur, une *simple faculté* bien distincte de l'objet même de l'action appartenant au créancier, *objet qui est le délaissement de l'immeuble.* » Et dans l'art. 98, correspondant à notre art. 2168, ils ont dit que « le tiers détenteur est tenu de *délaisser l'immeuble hypothéqué sans réserve, sinon de payer...* » Voy. M. Delebecque (*Comm. législ.*, p. 367). Mais il est à

les observations présentées au nº 1127, nous savons que le délaissement de la chose n'est, pas plus que le payement de la dette, dans l'*obligation* du tiers détenteur, l'un aussi bien que l'autre étant *in facultate :* il n'y avait donc pas plus de raison pour dire que le tiers détenteur qui ne purge pas est tenu de délaisser l'immeuble sinon de payer la dette, que pour dire, à l'inverse, qu'il est tenu de payer sinon de délaisser. Mais ce que nous reprochons à nos articles, c'est d'avoir dit que le tiers détenteur qui ne remplit pas les formalités de la purge est *obligé* à toutes les dettes hypothécaires, sauf les termes et délais accordés au *débiteur originaire,* et, par là, d'avoir donné à supposer qu'il y aurait dans la situation deux débiteurs successifs et tenus personnellement, le premier en vertu de l'engagement direct pris par lui envers le créancier; le second, qui serait le tiers détenteur, parce qu'il détient la chose hypothéquée. Dans la vérité du régime hypothécaire, il y a ici un seul débiteur personnel : c'est le débiteur direct, que nos articles qualifient improprement de débiteur *originaire*. Quant au tiers détenteur, il n'est tenu, au point de vue du payement, d'aucune obligation personnelle; et s'il paye, c'est par l'effet unique de sa volonté, pour éviter l'expropriation, qui est la seule conclusion possible de l'action hypothécaire vis-à-vis d'un tiers acquéreur (1).

Ces préliminaires établis, reprenons nos articles dans leurs détails, et voyons successivement quels sont, vis-à-vis des créanciers privilégiés et hypothécaires, les droits et les devoirs du tiers détenteur, soit qu'il paye la dette hypothécaire, soit qu'il délaisse les immeubles grevés, soit enfin qu'il subisse l'expropriation forcée.

II. — 1130. Supposons d'abord que, pour prévenir ou arrêter l'expropriation forcée, le tiers détenteur opte pour le payement de la dette hypothécaire : ses devoirs et ses droits, en ce cas, sont indiqués par les art. 2167 et 2168. Il résulte de ces articles que, de plein droit, *par le seul effet des inscriptions* (comme le dit la loi pour montrer de plus fort que l'action en déclaration d'hypothèque de l'ancienne jurisprudence se trouve maintenant abolie, *suprà,* nº 1126), le tiers détenteur est tenu d'acquitter les dettes hypothécaires en capitaux et accessoires, c'est-à-dire avec les intérêts, *les dépens et les frais.* A la vérité, l'article 2168, en s'expliquant sur les créances exigibles, ne parle que des *intérêts* et des *capitaux;* mais il faut combiner cet article avec le précédent, où il est dit que le tiers détenteur est tenu de *toutes* les dettes hypothécaires. Or ceci s'entend non-seulement du principal, mais en-

---

remarquer que les rédacteurs de la loi belge se sont arrêtés en chemin dans leur œuvre de réformation : le vice prétendu de rédaction qu'ils ont corrigé dans notre art. 2168 se trouve encore dans leur art. 99, correspondant à notre art. 2169; le payement y apparaît comme une *obligation* du tiers détenteur, et il y est maintenu au premier rang et avant le délaissement. Voy. M. Delebecque (*loc. cit.* et p. 368).

(1) Voy. notamment l'arrêt de cassation du 27 avr. 1812. — Voy. aussi, sur ce point, les remarquables conclusions données par M. l'avocat général Fourchy devant la Cour de Paris dans l'affaire S.... jugée par l'arrêt du 7 juin 1875, cité *infrà,* nº 1218 *bis* (*J. Pal.*, 1875, p. 985 et suiv.).

core des frais et des dépens, qui, aussi bien que les intérêts, en sont les accessoires légaux (1).

Du reste, le payement doit toujours être entier et complet, quand même le tiers détenteur n'aurait acquis qu'une portion des immeubles grevés, et quand même la valeur des immeubles dont il est en possession serait inférieure au montant de la dette hypothécaire. D'une part, en effet, l'hypothèque et le privilége, ainsi que nous l'expliquons plus haut, sont indivisibles activement et passivement, en sorte qu'ils subsistent *en entier et avec tous leurs effets* sur tous les immeubles affectés, sur *chacun* et sur *chaque portion* de ces immeubles (art. 2114; voy. *suprà*, n° 835). D'une autre part, le tiers détenteur, bien qu'il ne soit pas débiteur personnel, doit, comme bien-tenant et à raison de sa détention, payer ce que le débiteur personnel devrait payer lui-même.

Mais en même temps que la chose acquise continue de répondre, entre les mains du tiers acquéreur, de la totalité de la dette hypothécaire, celui-ci, lorsqu'il veut libérer sa propriété en payant, jouit des termes et des délais que le créancier avait accordés au débiteur direct (art. 2168). C'est une application toute naturelle de la règle posée dans l'art. 1186, d'après lequel ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance du terme. La circonstance que le créancier ici est pourvu d'une hypothèque ou d'un privilége ne saurait, sous ce rapport, ajouter rien à ses droits, alors surtout que les poursuites sont dirigées contre un tiers qui, s'exécutant à la place du débiteur direct, ne doit pas être traité plus défavorablement que celui-ci.

En résumé donc, les devoirs et les droits du tiers détenteur vis-à-vis du créancier qu'il paye pour éviter l'expropriation, consistent en ceci que, d'un côté, il doit acquitter la totalité de la dette hypothécaire en capital et accessoires, et que, d'un autre côté, il jouit des termes et délais accordés au débiteur personnel. Toutefois, il y a certains points à préciser.

1131. Ainsi, s'agit-il des capitaux non exigibles, le principe que le tiers détenteur jouit des termes et délais accordés au débiteur amène sans difficulté à conclure que le payement n'est dû qu'au fur et à mesure des échéances (2). Mais si le débiteur direct est dans le cas de perdre le bénéfice du terme, par exemple s'il est tombé en faillite; ou

(1) Voy. Toulouse, 4 févr. 1829 (S.-V., 29, 2, 196; Dall., 29, 2, 243).

(2) Il faut admettre de même que si l'existence de la dette n'était pas certaine quant à présent, en ce que, par exemple, elle serait subordonnée au résultat d'une liquidation non encore faite, le tiers détenteur devrait obtenir un sursis aux poursuites. Il a été jugé, en ce sens, que dans le cas où un héritier, devenu adjudicataire sur licitation d'un immeuble dépendant de la succession non encore liquidée de son auteur, est poursuivi comme tiers détenteur par le mari de l'une de ses cohéritières et commun en biens avec elle, à raison de dettes hypothécaires que celui-ci aurait payées pour le compte de la succession avec subrogation aux droits des créanciers, s'il oppose l'éventualité d'une compensation pouvant résulter de payements de dettes héréditaires qui auraient été effectués par les autres héritiers, il y a lieu de surseoir aux poursuites jusqu'à l'entière liquidation de l'hérédité. Req., 22 juin 1864 (S.-V., 64, 1, 331).

encore s'il a, par son fait, diminué les sûretés du créancier (C. civ., art. 1188), quelle sera la position du tiers détenteur? Aura-t-il, lui, le bénéfice du terme, quand celui auquel il se substitue, en payant, en est lui-même déchu? Nous ne le pensons pas. On a dit cependant que la cause qui fait déchoir le débiteur du bénéfice du terme n'est relative qu'à lui; mais que, à l'égard du détenteur, il y a toujours terme accordé, et que, comme il a acheté sous la foi de ce terme, il en doit jouir (1). Toutefois, le motif n'est pas concluant; il ne répond pas à toutes les situations, puisqu'on peut être tiers détenteur autrement que par suite d'une acquisition à titre onéreux. La raison de décider est que le tiers détenteur qui paye pour se soustraire aux poursuites du créancier se substitue pleinement au débiteur principal, et que, par rapport au créancier, les choses, dans ce cas, restent absolument comme si l'immeuble n'avait pas changé de mains. Or le créancier aurait pu, nonobstant la stipulation d'un terme, exiger son payement immédiat du débiteur qui serait tombé en faillite ou aurait diminué, par son fait, les sûretés données par le contrat. Donc il peut l'exiger de même contre le tiers détenteur, car la mutation de la propriété ne lui fait perdre aucune des prérogatives qu'il aurait vis-à-vis du débiteur (2).

Mais, par contre, le créancier qui ne perd aucune de ses prérogatives par l'effet de la mutation, ne trouve pas non plus dans la mutation un motif d'améliorer sa position. Donc, si la non-exigibilité de la créance provenait non pas d'un terme stipulé dans le contrat fait avec le débiteur, mais de ce qu'un délai de grâce aurait été accordé à celui-ci en vertu des art. 1244 du Code civil et 122 du Code de procédure, le tiers détenteur serait fondé à invoquer le bénéfice de ce délai (3).

1132. S'agit-il des capitaux actuellement exigibles, il est certain que le tiers détenteur doit les acquitter immédiatement en principal et accessoires, à quelque somme qu'ils puissent monter, et, par conséquent, la somme fût-elle supérieure au prix de l'immeuble. Ceci résulte de l'art. 2168, et il n'y a là-dessus aucune difficulté. Mais le tiers détenteur doit-il tous les intérêts sans réserve, ou bien doit-il seulement ceux qui, dans les termes de l'art. 2151, expliqué plus haut (voy. n[os] 1013 et suiv.), sont conservés par l'inscription? Ceci a donné lieu, au contraire, à quelques controverses. Des auteurs soutiennent que cet article dispose seulement pour les créanciers entre eux et au point de vue du droit de préférence (4). D'autres, et c'est l'avis vers lequel tend la jurisprudence, estiment que le tiers acquéreur peut invoquer cet article, dont la disposition, selon eux, serait écrite au point de vue du droit de suite non moins qu'au point de vue du droit de préférence (5). Nous

(1) Voy. MM. Duranton (t. XX, n[os] 229 et suiv.); Taulier (t. VII, p. 381).
(2) Voy. MM. Delvincourt (t. III, p. 180, note 1); Martou (n° 1252).
(3) Voy. MM. Grenier (t. II, n° 361); Persil (art. 2167, 2168); Zachariæ (t. II, p. 206, note 7). Voy. cependant MM. Duranton (t. XX, n° 232) et Taulier (*loc. cit.*).
(4) Voy. MM. Persil (art. 2151, n° 11); Grenier (t. I, n° 101); Zachariæ (t. II, p. 198, note 2). Voy. aussi Bruxelles, 4 avr. 1806.
(5) Voy. MM. Dalloz (*Priv. et Hyp.*, p. 402, n° 26); Troplong (n° 788); Martou

nous rangeons à ce dernier parti. Le tiers détenteur, qui n'est tenu qu'hypothécairement, ne peut payer que ce qui est hypothéqué sur l'immeuble, c'est-à-dire le montant des charges dont l'existence lui est signalée par l'inscription : l'inscription, en effet, n'est pas moins requise à l'égard du tiers acquéreur qu'à l'égard des créanciers (voy. *supra*, nº 1118); elle doit donc fixer la position, tant vis-à-vis de l'un que vis-à-vis des autres. Or, d'après l'art. 2151, il n'y a d'intérêts ayant hypothèque de plein droit, en vertu de l'inscription, que pour deux années et pour l'année courante. Le tiers acquéreur n'aura donc à payer, avec le principal des créances exigibles, que les intérêts de deux années et ceux de l'année courante, à moins que le créancier n'ait eu le soin de conserver le surplus par des inscriptions successives et spéciales, le tout dans les termes et suivant les règles exposés plus haut dans notre commentaire de l'art. 2151 (voy. nºs 1022 et suiv.).

1133. Telle est dans ses détails l'obligation imposée par les art. 2167 et 2168 au tiers détenteur qui arrête ou prévient, en payant la dette hypothécaire, les poursuites en expropriation de la part du créancier inscrit ; tels sont aussi, d'après ces mêmes articles, les droits corrélatifs à cette obligation. Notons cependant que l'obligation et les droits ne sont ainsi réglés que dans les rapports du tiers détenteur avec le créancier qui reçoit son payement. Mais vis-à-vis du débiteur lui-même et de ses cautions vis-à-vis des autres tiers détenteurs, celui qui a payé la dette hypothécaire a le bénéfice de la subrogation légale aux droits du créancier. La subrogation pouvait, avant le Code civil, être demandée par le tiers détenteur qui avait payé la dette hypothécaire ; elle lui est accordée aujourd'hui par l'art. 1251, dont le nº 3 dispose que la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt à l'acquitter. Or c'est bien là notre hypothèse : il est vrai de dire des tiers détenteurs qui ont payé les créanciers inscrits sur l'immeuble dont ils ont acquis la propriété qu'ils sont tenus pour d'autres de la dette hypothécaire, puisqu'ils n'en sont tenus que comme tiers détenteurs ; il est vrai de dire également qu'ils avaient intérêt à payer la dette, puisque c'est le payement qui a procuré la libération de la propriété et, par là, la possibilité de la conserver. C'est donc le cas de l'art. 1251, nº 3 : et il faut conclure, d'une part, qu'en vertu de la subrogation le tiers détenteur peut agir non-seulement contre le débiteur personnel et principal et les cautions, mais encore contre tous autres détenteurs, comme lui, de biens soumis à l'hypothèque (1);

(nº 1256); Aubry et Rau (t. II, p. 856, note 11; 4ᵉ édit., t. III, p. 421, note 12). — *Junge* : Bordeaux, 28 févr. 1850 (Dall., 52, 2, 90; S.-V., 51, 2, 188; *J. Pal.*, 1851, t. II, p. 585).

(1) Il a même été décidé que le tiers détenteur qui s'est libéré sans purger, s'il est poursuivi par un créancier inscrit, peut, *même avant d'avoir payé* ce créancier, et, conséquemment, *avant d'être subrogé à ses droits*, demander, contre les tiers détenteurs d'autres immeubles également soumis à l'hypothèque du créancier poursuivant, la fixation de la part contributive de chacun au payement de la créance hypothécaire. Toulouse, 19 févr. 1827 (S.-V., 28, 2, 75; Dall., 28, 2, 41). — Voy. aussi Douai, 27 mai

et, d'une autre part, qu'il est subrogé aux hypothèques des créanciers inscrits non-seulement sur l'immeuble libéré, mais encore sur tous autres immeubles également affectés à la sûreté de la créance (1).

Toutefois, le tiers détenteur subrogé aux droits du créancier a-t-il contre celui-ci l'exception *cedendarum actionum?* La question est examinée *infrà,* n° 1168.

III. — 1134. Passons maintenant à la seconde des deux facultés données par la loi au tiers détenteur qui ne remplit pas les formalités de la purge, arrivons au délaissement par hypothèque. Le délaissement n'est pas de l'essence du droit hypothécaire; on peut dire même qu'il est contraire au principe des conventions. C'est ce que l'on démontrait fort bien dans les discussions sur le régime hypothécaire, où l'une des réformes proposées consistait précisément dans la suppression du délaissement. « Pour venir en aide au tiers détenteur, disait-on, il n'est pas nécessaire de lui offrir un moyen aussi facile de se délier de son acquisition. On doit tout à un acquéreur qui exécute loyalement ses engagements, en payant ou offrant de payer intégralement son prix; on ne doit rien à celui qui regarde son titre comme une lettre morte, et qui ne répond aux poursuites légitimes des créanciers qu'en leur offrant la restitution de leur gage. Les créanciers, avec leurs droits hypothécaires, ont tous les droits de leur débiteur, et, de même que le tiers détenteur ne pourrait pas éviter les poursuites de celui-ci par la restitution de l'immeuble, de même il ne peut pas empêcher celles des créanciers par un délaissement qui, en définitive, n'est pas autre chose qu'une résolution de contrat par la seule volonté de la personne engagée. L'inexécution des contrats est sans doute une juste cause de résolution, mais pour celui envers qui ils contiennent des engagements, jamais pour ceux qui les ont pris. » (2) Les projets présentés, soit par la commission du gouvernement, soit par les commissions du conseil d'État et de l'Assemblée législative, étaient unanimes pour modifier en ce point les dispositions du Code civil par la suppression de la faculté de délaisser. Ils différaient entre eux seulement sur l'étendue de l'obligation du tiers détenteur relativement à la faculté de payer : celui du gouvernement maintenait l'obligation indéfinie consacrée par le Code; celui du conseil d'État limitait cette obligation à l'exécution par le tiers détenteur de son contrat; celui de l'Assemblée législative astreignait le tiers détenteur *personnellement* à payer la différence entre le prix de son acquisition et le prix, soit d'une revente volontaire, soit de la vente qui aurait lieu par suite de la saisie immobilière pratiquée sur lui (3).

1840 (S.-V., 40, 2, 468), et M. Zachariæ (t. II, p. 211, 212). — Voy. cependant Toulouse, 19 mars 1838 (S.-V., 38, 2, 458).

(1) Voy. Cass., 15 juin 1838 et 21 déc. 1836; Paris, 20 déc. 1834 et 19 déc. 1835 (Dall., 33, 1, 142; 36, 2, 79 et 144; S.-V., 33, 1, 81; 36, 2, 159 et 161; 37, 1, 54). Voy. aussi MM. Delvincourt (t. II, p. 360, note 7); Toullier (t. VII, n° 145); Grenier (t. II, n° 496); Troplong (n°s 359 et 789); Martou (n° 1258). — Voy. cependant Bourges, 10 juill. 1829 (Dall., 29, 2, 272).

(2) Voy. le Rapport de M. Persil (p. 194 et suiv.). — *Junge* les Rapports de MM. Bethmont (p. 116) et Vatimesnil (p. 46).

(3) Voy. l'art. 2174 du projet du gouvernement, l'article correspondant dans le

Quoi qu'il en soit, ces projets n'ont pas abouti, et le délaissement reste comme une faculté donnée au tiers détenteur qui ne remplit pas les formalités de la purge, pour se soustraire aux poursuites en expropriation, lorsqu'il ne veut pas les prévenir ou les arrêter en payant la dette hypothécaire.

1135. Néanmoins, il faut prendre garde que le délaissement est autorisé afin que l'acquéreur ne puisse pas, contre sa volonté, être tenu envers les créanciers au delà de son prix, et non pour qu'il puisse, à son gré, se soustraire aux obligations par lui contractées. On ne conclura pas de là sans doute, avec M. Delvincourt (1), que le tiers détenteur doit être admis à délaisser seulement quand il a déjà payé son prix d'acquisition ou tout au moins offert de le payer; car, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation, ce serait rendre obligatoire la purge qui, dans la pensée de la loi, est facultative pour le tiers détenteur (2). Mais on en doit conclure certainement que le tiers détenteur qui doit encore son prix d'acquisition ne peut pas délaisser lorsque les créances inscrites ne s'élèvent pas au delà de ce prix (3). Il est de toute raison, dans ce cas, que, au lieu de délaisser, il paye les créanciers inscrits, ce qui le libérera lui-même en libérant les immeubles. On en doit conclure également que, même dans le cas où les créances inscrites excéderaient le montant du prix encore dû par le tiers acquéreur, celui-ci ne peut pas être admis au délaissement, si les créanciers se contentent du prix encore dû et donnent mainlevée de leurs inscriptions (4). Délaisser, dans ces hypothèses, au lieu de payer, ce serait la violation flagrante du contrat d'acquisition. Les créanciers pourraient donc refuser le délaissement; et le vendeur lui-même aurait qualité pour intervenir et s'opposer : car, ainsi que l'a dit la Cour de cassation, « la simple exécution du contrat par le payement du prix suffisant alors pour libérer l'immeuble et désinteresser les créanciers inscrits, le vendeur, qui a le droit incontestable de poursuivre cette exécution contre l'acquéreur, a nécessairement celui d'intervenir pour contraindre son débiteur à payer le prix convenu et à faire disparaître, par ce payement, toutes les causes d'un délaissement dont rien ne peut plus justifier la nécessité. » (5)

1136. Le délaissement n'enlève pas au tiers détenteur la propriété de l'immeuble qu'il délaisse. C'était déjà le principe de l'ancienne ju-

---

projet du conseil d'Etat, et l'art. 2167 dans le projet préparé par la commission de l'Assemblée législative. Voy. aussi la cinquième édition du Commentaire de M. Troplong sur les Hypothèques (t. III, p. 835, à la note).

(1) Voy. M. Delvincourt (t. III, note 1 de la page 179).

(2) Rej., 8 août 1816 (Dall., *Rép.*, t. IX, p. 347, note 1). — *Junge :* MM. Grenier (t. II, p. 50); Troplong (nº 823); Martou (nº 1294).

(3) Voy. Rouen, 12 juill. 1823; Paris, 2 mars 1833; Rej., 9 mai 1836 et 1er juill. 1850 (S.-V., 33, 2, 416; 36, 1, 623; Dall., 50, 1, 177; *J. Pal*, 1852, t. I, p. 188); Metz, 17 juill. 1867 (Dall., 67, 2, 151). Voy. aussi MM. Duranton (t. XX, nº 252); Troplong (*loc. cit.*); Martou (nºs 1297 et suiv.); Aubry et Rau (t. II, p. 880; 4e édit., t. III, p. 447). — Voy. cependant M. Rodière (*Rev. de législ.*, t. VI, p. 469).

(4) Voy. Cass., 28 avr. 1874 (Dall., 74, 1, 287).

(5) Voy. l'arrêt de rejet du 1er juill. 1850 et celui du 28 avr. 1874, cités aux notes précédentes.

risprudence. « Pour ce qui est de l'effet principal, à savoir de l'aliénation qui peut résulter du délaissement, dit Loyseau, il faut prendre garde que celui qui délaisse l'héritage pour les hypothèques ne quitte pas absolument la propriété, mais seulement il en quitte la simple détention et occupation. » (1). C'est l'un des points par lesquels le délaissement se distinguait du déguerpissemeut, qui, ayant pour objet de se dégager de la rente ou de la redevance foncière assise sur le fonds, consistait dans l'abandon de la propriété. Notre Code consacre virtuellement le même principe, dans l'art. 2173 (voy. *infrà*, nos 1195 et suiv.), d'après lequel le délaissement n'empêche pas que, jusqu'à l'adjudication, le tiers détenteur ne puisse reprendre l'immeuble, en payant toute la dette et les frais. C'est là, en effet, une conséquence de l'idée que, nonobstant le délaissement et jusqu'à l'adjudication, le tiers détenteur ne cesse pas d'être propriétaire. Le tiers détenteur qui delaisse ne quitte donc que *la simple détention et occupation.*

1137. C'est un abandon qu'il fait aux créanciers inscrits, et il ne peut le faire qu'à eux (2). Toutefois ce n'est pas pour que ceux-ci retiennent l'immeuble délaissé; c'est uniquement pour qu'ils le fassent adjuger, à l'effet de réaliser un prix sur lequel ils seront payés de leurs créances dans l'ordre de leurs inscriptions.

1138. Du reste, l'abandon doit être complet; il doit, selon l'expression de l'art. 2168, être fait *sans aucune réserve*. Donc, quelle que soit la valeur de l'immeuble grevé, et cette valeur fût-elle supérieure au montant des créances garanties par les priviléges et les hypothèques, le tiers détenteur n'en peut retenir par devers lui la moindre portion. Le delaissement n'a pour effet de libérer le tiers détenteur qu'à cette condition; si une portion de l'immeuble grevé, si minime qu'elle fût, était retenue, le tiers détenteur, loin d'être libéré, resterait hypothécairement tenu de la totalité de la dette, puisqu'il serait encore détenteur et que l'hypothèque et le privilége, indivisibles de leur nature, subsistent *en entier et avec tous leurs effets* sur *chacune des parties* des immeubles affectés.

1139. Toutefois, s'il arrive que le tiers détenteur ne soit plus propriétaire de la totalité de l'immeuble au moment où l'action hypothécaire est mise en mouvement, par exemple, parce qu'il en aurait vendu une partie, il est dans les conditions de la loi en délaissant *sans réserve* les portions qu'il détient encore. Ceci a été pourtant contesté en justice. Dans une espèce où l'acte de délaissement contenait la réserve de quatre pièces de terre *que l'acquéreur avait précédemment vendues*, on soutenait que le délaissement était nul, en ce que non-seulement l'acquéreur ne délaissait pas tout ce qu'il avait acquis, mais encore parce

(1) Voy. Loyseau (*Du Déguerpiss.*, liv. 6, chap. 3, n° 1).

(2) Mais le créancier dont l'hypothèque frappe un immeuble indivis entre le débiteur et d'autres propriétaires ne pouvant exercer son droit sur l'immeuble entier, il s'ensuit que le tiers détenteur sommé de payer ou de délaisser a le droit de demander que l'affectation hypothécaire soit préalablement limitée à la portion d'immeuble qui appartient au débiteur. Toulouse, 8 avr. 1865 (*J. Pal.*, 1865, p. 1027; S.-V., 65, 2, 266; Dall., 65, 2, 117).

qu'il faisait son délaissement sous une réserve expresse. Mais, d'une part, c'était équivoquer sur les expressions, d'ailleurs impropres, de l'acte : la réserve exprimée signifiait uniquement que l'acquéreur ayant revendu les portions indiquées comme réservées, il n'en pouvait pas faire le délaissement. D'une autre part, c'était ajouter à la loi, car la loi n'a dit nulle part que l'acquéreur devrait nécessairement délaisser tout ce qu'il a acquis, même lorsque, en fait, il n'en a plus qu'une partie. Elle n'a pas dit davantage que, par cela seul que l'acquéreur aurait aliéné une portion quelconque des immeubles dont il avait fait l'acquisition, il serait privé de la faculté de délaisser, et ne pourrait plus s'affranchir de l'expropriation forcée qu'en payant la totalié de la dette hypothécaire. L'art. 2168, en disposant que le tiers détenteur est tenu de délaisser l'immeuble hypothéqué, *sans aucune réserve,* a entendu par là l'obliger à délaisser ce qui est en sa possession au moment où le délaissement est effectué; tout délaissement qui, en fait, ne laisse rien en la possession du tiers acquéreur, doit nécessairement produire la libération, qui est son effet juridique, puisque c'est comme bien-tenant seulement que le tiers acquéreur peut être obligé, et qu'il n'est plus bien-tenant dès qu'il a délaissé tout ce qu'il avait. Ainsi a décidé la Cour d'Orléans, devant laquelle la difficulté était soulevée (1); et en cela elle n'a fait grief en aucune manière aux créanciers, qui, en définitive, restaient avec leur droit de suite, en vertu duquel ils pouvaient agir contre le sous-acquéreur de la même manière qu'ils avaient agi contre l'acquéreur.

1140. Il y aurait à parler maintenant de la forme du délaissement, de la capacité requise à l'effet de délaisser, des exceptions qui limitent la faculte donnée, à cet égard, au tiers détenteur. Mais tous ces points sont réglés par les art. 2172, 2173, 2174 : nous renvoyons donc au commentaire de ces articles (n°s 1169 et suiv.), et nous passons au but final, à la conclusion véritable du droit de suite.

IV. — 1141. Lorsque le tiers détenteur qui ne remplit pas les formalités de la purge n'use pas non plus de la faculté qu'il a soit de payer la totalité de la dette hypothécaire, soit de délaisser l'immeuble grevé de privilége ou d'hypothèque, les créanciers inscrits et ceux dont l'hypothèque est dispensée d'inscription (*suprà,* n° 1120) peuvent manifester leur droit de suite par sa conclusion finale et véritable, qui est l'expropriation forcée. L'art. 2169, dit, en effet, que, « faute par le tiers détenteur de satisfaire pleinement à l'une de ces obligations (nous disons à l'une des deux *facultés* de payer ou de délaisser), chaque créancier a droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué, trente jours après commandement fait au débiteur originaire (c'est-à-dire au débiteur *direct*), et sommation faite au tiers détenteur de payer la dette exigible ou de délaisser l'héritage. » (2) — Sur quoi nous avons à pré-

(1) Voy. Orléans, 28 mai 1851 (*J. Pal.*, 1851, t. I, p. 562; S.-V., 1851, 2, 521; Dall., 52, 2, 135).

(2) La sommation de payer ou délaisser peut être remplacée par des équivalents. Metz, 27 août 1859 (*J. Pal.*, 1861, p. 586). Jugé qu'elle résulte suffisamment de la som-

ciser tout ce qui, d'après les termes de cet article, a trait aux conditions nécessaires pour que la vente puisse être poursuivie, aux formalités préliminaires, aux délais, et aux formes de la vente même.

1142. Le créancier n'a le droit de faire vendre l'immeuble sur le tiers détenteur qu'autant que la dette est exigible. Cela résulte des dernières expressions de l'art. 2169, et c'est indiqué par la nature même des choses. En effet, tant que la dette n'est pas exigible, le créancier n'a rien à demander au tiers détenteur : celui-ci jouit du terme accordé au débiteur direct (art. 2167), et, par cela même, il ne peut, avant que le terme soit échu (sauf le cas de déchéance; voy. *suprà*, n° 1131), être poursuivi à raison de l'immeuble, pas plus que le débiteur direct ne pourrait l'être à raison de son obligation personnelle.

1143. Mais dès qu'il y a dette ou portion de dette exigible, *tout créancier* inscrit, ou dont la créance est dispensée d'inscription, a le droit de faire vendre l'immeuble sur le tiers détenteur. Sous ce rapport, la loi nouvelle s'écarte des principes du droit romain, d'après lequel le créancier premier en rang d'hypothèque avait seul le droit de faire vendre par autorité de justice les choses hypothéquées, les créanciers ultérieurs ayant seulement le *jus offerendi*, c'est-à-dire la faculté d'offrir au premier créancier de le déintéresser en le payant, et par là d'acquérir leur subrogation en son lieu et place. Il n'en est plus ainsi d'après l'eart. 2169 : ce droit, d'après les termes mêmes de la loi, est établi en faveur de chaque créancier hypothécaire ou privilégié; tout créancier peut donc l'exercer, quel que soit son rang, fût-il le dernier. Et, pût-on supposer qu'à raison de son rang d'hypothèque le créancier n'obtiendra pas une collocation utile lors de la distribution du prix, le droit de poursuivre la vente n'en existerait pas moins. Le contraire a été décidé par la Cour de Rouen, qui avait accueilli une fin de non-recevoir tirée de ce que le créancier ne devant pas être utilement colloqué, il était par cela même sans intérêt à poursuivre la vente. Mais la décision a été justement cassée comme contraire à la loi, qui ne subordonne pas le droit qu'elle consacre à la question de savoir si le créancier qui poursuit la vente sera colloqué en rang utile, et comme intervertissant l'ordre des questions à juger, le rang des créanciers ne devant être fixé qu'après l'expropriation (1). C'est aussi l'avis de MM. Grenier et Troplong; seulement, ces auteurs pensent que, tout en rejetant l'exception, il y aurait lieu d'ordonner que le créancier poursuivant donnerait bonne et valable caution s'il y avait à craindre que les frais de poursuite ne diminuassent inutilement la valeur de l'immeuble (2). Toutefois ce tempérament même ne nous semble pas acceptable. Il est contraire à l'équité; car, équitablement, on ne sau-

---

mation faite au tiers détenteur, avec menace d'expropriation, de notifier aux créanciers son titre d'acquisition, en se conformant aux dispositions de l'art. 2183, l'invocation de cet article impliquant l'injonction de payer, et la menace d'expropriation impliquant l'injonction de délaisser. Metz, 17 juill. 1867 (Dall., 67, 2, 151).

(1) Cass., 10 févr. 1818.

(2) Voy. MM. Grenier (n° 335); Troplong (n°s 804 et 805).

rait rendre le créancier responsable de circonstances tout accidentelles qui, pesant plus ou moins sur l'adjudication, en pourront laisser le prix au-dessous du chiffre auquel le poursuivant avait espéré le voir monter. Dans tous les cas, il est contraire à la loi ; car la loi n'établit aucune différence entre les créanciers, auxquels elle donne indistinctement le droit de poursuivre la vente de leur gage, et, dès lors, elle ne permet pas que les uns soient soumis, pour l'exercice de ce droit, à des conditions dont les autres seraient affranchis (1).

1144. Néanmoins, si aucun créancier, le dernier pas plus que le premier, n'est astreint à cette condition de fournir caution, il est d'autres conditions dont l'accomplissement est exigé de tous, du premier aussi bien que du dernier. Avant d'arriver à la vente, qui est l'objet même de leurs poursuites, ils doivent remplir les formalités préliminaires. Il faut d'abord, comme on le voit par le texte de l'art. 2169, qu'ils fassent *commandement* au débiteur principal et *sommation* au tiers détenteur de payer la dette exigible ou de délaisser l'héritage, et c'est trente jours après seulement qu'ils peuvent poursuivre la vente (2). Chacune de ces formalités et conditions donne lieu à des observations particulières; mais avant de les reprendre successivement, il importe de faire remarquer qu'il n'y a rien d'absolu dans l'ordre suivant lequel doivent être faits le commandement et la sommation exigés par l'art. 2169. Sans doute, l'ordre logique des idées conduit à dire que le commandement qui s'adresse au débiteur direct doit précéder la sommation qui est faite au tiers détenteur, car il est raisonnable qu'avant de mettre ce dernier en demeure, le créancier s'adresse à son débiteur, qui se libérera peut-être de son obligation personnelle, ce qui ne laissera plus de prétexte à l'exercice du droit de suite. Mais, nous le répétons, cet ordre n'a rien d'absolu; et les arrêts, en assez grand nombre d'ailleurs (3), qui y ont attaché une sanction de nullité, y ont mis une rigueur excessive. En définitive, la loi est satisfaite, dès que le débiteur personnel et le tiers détenteur sont avertis des poursuites avant la mainmise qui doit conduire à la vente; et s'ils sont avertis l'un et l'autre, peu importe, au fond, lequel l'a été le premier (4). — Ceci dit, venons à nos observations particulières sur le commandement, sur la sommation, et sur le délai de trente jours.

V. — 1145. Le commandement est nécessaire, comme nous l'avons

---

(1) Voy., en ce sens, MM. Dalloz (*Hyp. et Priv.*, p. 353, n° 4, et p. 356); Martou (n° 1272).

(2) Ces formalités ne sont pas exigées du vendeur qui veut exercer son action résolutoire contre le tiers détenteur. Amiens, 4 mars 1863 (S.-V., 63, 2, 137; *J. Pal.*, 1863, p. 342).

(3) Caen, 9 août 1824; Toulouse, 29 juin 1836; Rej., 2 mars 1840; Nîmes, 10 déc. 1850 et 28 janv. 1856 (S.-V., 37, 2, 27; 40, 1, 345; *J. Pal*, 1853, t. II, p. 219; Dall., 51, 2, 205; 56, 2, 98); MM. Persil (art. 2169, n° 2); Duranton (t. XX, n° 368); Aubry et Rau (t. II, p. 871, note 5; 4e édit., t. III, p. 437, note 6).

(4) Riom, 6 août 1842; Amiens, 15 janv. 1847 (S.-V., 42, 2, 483; *J. Pal.*, 1849, t. I, p. 575; Dall., 49, 2, 203; MM. Grenier (n° 341); Zachariæ (t. II, p. 207, note 12); Taulier (t. VII, p. 380); Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 516); Troplong (n° 791); Martou (n° 1267); Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. V, p. 238, note 15). — *Comp.* Rej., 6 avr. 1875 (S.-V., 75, 1, 305; *J. Pal.*, 1875, p. 732).

dit, pour avertir le débiteur principal des poursuites dont le tiers détenteur est menacé, afin qu'il évite les poursuites à ce dernier, en s'acquittant de son obligation personnelle. La nécessité de le faire s'induit d'ailleurs de l'art. 673 du Code de procédure, puisqu'il s'agit en définitive de saisir immobilièrement le gage que le poursuivant doit faire vendre sur le tiers détenteur, et que, d'après cet article combiné avec l'art. 715 du même Code, la saisie immobilière doit être précédée d'un commandement à personne ou domicile, à peine de nullité. (Voy. aussi C. civ., art. 2217.) Toutefois il résulte d'un arrêt de la Cour de cassation que, lorsque la sommation émane des syndics d'une faillite (lesquels ont qualité pour la faire), il n'y a pas lieu, de la part de ceux-ci, au commandement que l'art. 2169 prescrit de faire au débiteur originaire, ce débiteur (c'est-à-dire le failli) étant représenté par eux aussi bien que par les créanciers (1).

1146. En principe, le commandement ne peut être fait qu'en vertu d'un titre exécutoire. Ainsi le créancier dont l'hypothèque est conventionnelle ou judiciaire sera nécessairement en mesure de faire le commandement, puisqu'il a son titre, soit dans un acte authentique (art. 2127), soit dans un acte émané de l'autorité judiciaire (art. 2123). Mais il y a certains créanciers dont l'hypothèque existe en vertu d'actes qui n'ont pas ce caractère; tels sont, entre autres, le mineur et la femme mariée, qui n'ont pas de titre exécutoire contre le tuteur ou le mari dont les biens sont grevés de leurs hypothèques légales. S'ensuit-il qu'ils ne puissent pas faire le commandement dont il s'agit ici? En aucune manière; seulement, ils devront obtenir contre le débiteur un jugement en vertu duquel ils procéderont ensuite (2).

1147. Et puis, comme à défaut de payement ou de délaissement la poursuite doit se résoudre en saisie immobilière ou expropriation forcée, il s'ensuit que la régularité et la persistance du commandement doivent être appréciées d'après les dispositions du Code de procédure (C. civ., 2217). — Ainsi, d'une part, et quant aux formes, le commandement fait au débiteur principal est astreint à celle que détermine l'art. 673 de ce Code (3). — D'une autre part, et quant à la durée du commandement, elle est fixée par l'art. 674 du même Code, d'après lequel, si le créancier laisse écouler plus de quatre-vingt-dix jours, il ne peut faire procéder à la saisie qu'à la condition de réitérer le commandement dans les formes et les délais déterminés.

En ce dernier point, cependant, la solution n'est pas généralement acceptée. Nombre d'arrêts décident, en effet, que l'art. 674, applicable, en général, au cas d'expropriation poursuivie contre le débiteur

---

(1) Rej., 7 juin 1859 (Dall., 60, 1, 21; S.-V., 60, 1, 297; *J. Pal.*, 1859, p. 1133).

(2) Voy. MM. Mourlon (*loc. cit.*); Martou (nº 1262).

(3) Le titre dont, aux termes de cet article, copie entière doit être en tête de l'acte s'entend uniquement de celui qui sert de fondement à la créance. Si donc il s'agit d'une créance résultant d'une ouverture de crédit, il suffit de donner copie du contrat d'ouverture de crédit, et il n'est pas besoin d'y ajouter copie de tous les documents propres à déterminer le chiffre des versements effectués. Req., 25 juill. 1859 (*J. Pal.*, 1860, p. 272; S.-V., 60, 1, 31; Dall., 59, 1, 400).

principal, ne peut être invoqué pour le cas exceptionnel de l'expropriation du tiers détenteur; que ce dernier cas est réglé d'une manière complète par l'art. 2169, et que cet article ne prescrivant pas de réitérer le commandement dans un délai quelconque, il s'ensuit que le commandement, une fois fait, a une durée égale à celle de l'action elle-même (1). Mais cette solution ne saurait prévaloir. La Cour de cassation, qui l'avait d'abord admise, l'a rejetée plus tard elle-même; et, en empruntant les termes de son dernier arrêt sur la question, on peut dire : Loin de présenter un système complet, l'art. 2169 du Code civil consacre seulement en faveur des créanciers hypothécaires le droit de faire vendre l'immeuble sur le tiers détenteur ; l'art. 2217, rédigé en termes généraux et applicable à tous les cas d'expropriation, porte ensuite que toutes poursuites d'expropriation d'immeubles sont réglées par les lois sur la procédure; d'où il résulte que les art. 673 et 674 du Code de procédure civile, sur la forme et la péremption du commandement, sont applicables à la poursuite contre le tiers détenteur comme à la poursuite contre le débiteur direct, parce qu'en effet il y a, dans les deux hypothèses, un créancier qui veut être payé, un débiteur à poursuivre, et des immeubles à faire vendre (2).

1148. D'après une jurisprudence constante, appuyée d'ailleurs sur le texte de l'art. 2169, la saisie et la vente de l'immeuble doivent être suivies contre le tiers détenteur lui-même, et non contre le débiteur direct (3). Il s'ensuit donc que le tiers détenteur a qualité pour opposer le défaut de commandement et arrêter par là les poursuites. Cela se conçoit de soi-même : ces poursuites n'auraient pas eu lieu peut-être ou n'auraient pas eu d'objet si le débiteur direct eût été averti, puisqu'il est possible que celui-ci eût désintéressé les créanciers en se libérant. Par la même raison, le tiers détenteur peut opposer soit la nullité du commandement, en tant que cette nullité aurait sa cause dans le défaut de qualité de la personne à qui l'acte a été signifié, soit la péremption de cet acte (4). Mais on s'accorde généralement à reconnaître qu'il serait absolument sans qualité pour exciper d'une simple nullité de forme (5). Et, en effet, les nullités de cette nature n'intéressent que le débiteur direct auquel le commandement est signifié.

(1) Voy. Rej., 9 mars 1836 et 23 mars 1841; Bordeaux, 23 mars 1831 et 22 juill. 1843; Amiens, 10 mai 1837; Limoges, 5 mars 1842 (S.-V., 31, 2, 328; 36, 1, 277; 38, 2, 196; 42, 2, 481; 44, 2, 199).

(2) Rej., 16 mai 1843 (S.-V., 44, 1, 283). Voy. aussi Rej., 14 mai 1839; Pau, 16 juill. 1822; Montpellier, 29 nov. 1824; Nîmes, 12 févr. 1833; Rouen, 8 mars 1839; Amiens, 31 déc. 1839; Douai, 14 déc. 1840 (S.-V., 39, 1, 569; 2, 387; 41, 2, 190 et 475); Req., 25 nov. 1862 (cité *infrà*, n° 1150). Voy. aussi MM. Rivière (*Jur. de la C. de cass.*, n° 606); Aubry et Rau (t. II, p. 872; 4e édit., t. III, p. 438). Mais voy. M. Troplong (t. III, n° 790, à la note).

(3) Rej., 25 févr. 1806, 26 août 1823 et 4 janv. 1837; Rouen, 28 juill. 1807; Poitiers, 18 janv. 1810; Bordeaux, 8 mai 1832 (S.-V., 33, 2, 62; Dall., 37, 1, 176).

(4) Voy. sur tout cela les arrêts de rejet, déjà cités, des 14 mai 1839 et 16 mai 1843. — *Junge :* Nancy, 5 mars 1827; Nîmes, 6 juill. 1812 et 10 déc. 1850; Rej., 16 févr. 1852 (Dall., 52, 1, 241; *J. Pal.*, 1853, t. I, p. 602, et t. II, p. 219).

(5) Voy. MM. Persil (art. 2169, n° 12); Grenier (t. II, n° 343); Troplong (n° 795); Taulier (t. VII, p. 381).

Or le débiteur peut vouloir les couvrir par son silence. D'ailleurs la chose importante pour le tiers détenteur, c'est que le débiteur direct soit averti ; et les nullités de pure forme dont le commandement pourrait être affecté ne font pas que l'acte ne porte pas son avertissement.

VI.—1149. Après le commandement fait au débiteur vient la sommation, qui doit être adressée au tiers détenteur lui-même. Il est naturel, en effet, qu'avant d'être poursuivi à raison de l'immeuble qu'il détient, le tiers détenteur soit mis en demeure d'user de la faculté qu'il a soit de payer la totalité de la dette hypothécaire, soit de délaisser l'héritage, soit même de purger. La sommation dont parle l'art. 2169, laquelle se confond avec celle dont il est question à l'art. 2183 (1), constitue la mise en demeure du tiers détenteur à ce triple point de vue (2).

Mais pourquoi, lorqu'un commandement est nécessaire vis-à-vis du débiteur direct, une simple sommation suffit-elle à l'égard du tiers détenteur? Quelle est la raison de cette différence? C'est que le commandement, comme nous venons de le dire, ne peut être fait qu'en vertu d'un titre exécutoire (voy. n° 1146), et que le créancier n'a de titre de cette nature que contre le débiteur direct, le tiers détenteur n'étant tenu vis-à-vis de lui qu'à raison de sa détention.

1150. Cela même montre qu'il suffit, pour la validité de la sommation, qu'elle soit faite en la forme ordinaire des exploits, c'est-à-dire par un huissier, et qu'elle n'est pas astreinte aux règles relatives au commandement. De là plusieurs conséquences.

D'une part, les formes indiquées par l'art. 673 du Code de procédure ne doivent pas être suivies. Ainsi, il n'est pas nécessaire que l'huissier de qui la sommation émane soit spécialement commis ou muni d'un pouvoir spécial, ni que l'exploit contienne copie soit des titres du créancier, soit du commandement fait au débiteur direct, soit lorsqu'il est fait à la requête d'un cessionnaire de la créance inscrite, de l'acte de cession et de la signification de cet acte au débiteur, ni qu'il soit revêtu du visa du maire, etc. (3).

---

(1) La Cour de Nîmes a cependant supposé le contraire. Elle a décidé, par arrêt du 6 juill. 1812 (voy. aussi les motifs d'un autre arrêt de la même Cour, du 4 juin 1807), que la sommation prescrite par l'art. 2183 tend uniquement à mettre l'acquéreur en demeure de purger, et que ce n'est qu'après déchéance de ce droit qu'il peut être procédé contre lui conformément à l'art. 2169. Mais cette doctrine est généralement repoussée. Voy. Bruxelles, 20 oct. 1820, 6 févr. 1823 et 6 févr. 1825 ; Montpellier, 18 févr. 1824 et 29 nov. 1825 ; Colmar, 6 déc. 1834 ; Amiens, 10 mai 1837 ; Paris, 6 oct. 1842 et 17 févr. 1853; Angers, 15 nov. 1848 (S.-V., 38, 2, 196; *J. Pal.*, 1843, t. I, p. 59; 1849, t. II, p. 74; 1853, t. I, p. 435). Voy. aussi MM. Delvincourt (t. III, p. 366, note 4); Persil (art. 2169, n° 1); Zachariæ (t. II, p. 236, note 4); Duranton (t. XX, n°s 239 et 369); Dalloz (*Rép.*, v° Priv. et Hyp., p. 370, n° 11); Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 533) ; Troplong (n°s 793 *bis* et 916); Martou (n°s 1264 et 1411).

(2) Elle est au nombre des actes de procédure dont la nullité doit être proposée avant toute défense au fond. Toulouse, 12 juin 1860 (S.-V., 60, 2, 546; *J. Pal.*, 1861, p. 395).

(3) Voy., sur tous ces points, Rouen, 28 févr. 1810; Cass., 16 avr. 1821; Liége, 24 janv. 1822; Bourges, 4 juill. 1824 et 17 avr. 1839; Douai, 18 mai 1836 ; Bordeaux, 8 mai 1832 et 15 mai 1839 ; Paris, 17 janv. 1840 ; Riom, 6 août 1842 (Dall., 37, 2, 172 ; 39, 2, 263 ; 40, 2, 56 ; S.-V., 33, 2, 62 ; 37, 2, 328 ; 39, 2, 389 et 449 ; 40, 2, 53 ; 42, 2, 483).

D'une autre part, la sommation ne se périme pas par l'expiration des quatre-vingt-dix jours dont parle l'art. 674 du Code de procédure. Quelques arrêts se prononcent cependant en sens contraire (1) Toutefois, c'est une application exagérée de l'art. 674 à un acte qui, n'ayant aucun des caractères du commandement préalable à la saisie, ne peut, d'après une jurisprudence constante, être renfermé dans les conditions de temps qui limitent la durée du commandement (2). Ce n'est pas à dire, pourtant, que la sommation ait une durée illimitée. Il convient de prendre ici pour règle l'art. 2176 (voy., aux nos 1209 et suiv., le commentaire de cet article), d'après lequel, si les poursuites commencées ont été abandonnées *pendant trois ans,* les fruits de l'immeuble hypothéqué sont dus par le tiers détenteur à compter du jour *de la nouvelle sommation qui sera faite.* Si, après trois ans passés sans donner cours aux poursuites, le créancier n'a pas même le droit de réclamer les fruits sans réitérer la sommation, à plus forte raison ne doit-il plus avoir droit, après ce même délai, de reprendre les poursuites sans faire une sommation nouvelle (3).

1151. Dans tous les cas, c'est au tiers détenteur lui-même (et, s'il est incapable, à ceux qui le représentent) que la sommation doit être faite. Ainsi, l'immeuble est-il entre les mains d'un usufruitier, la sommation s'adressera tant à l'usufruitier qu'au nu propriétaire, à moins que l'hypothèque affecte la nue propriété seulement, auquel cas la sommation à l'usufruitier est sans objet, ce dernier n'ayant pas qualité pour délaisser la chose hypothéquée. L'immeuble a-t-il été acquis par un mari au nom de la communauté, la sommation s'adressera à lui seul. A-t-il été acquis par la femme autorisée de son mari, elle s'adressera à l'un et à l'autre, etc. (4).

VII. — 1152. Lorsque les actes préliminaires dont nous venons de parler sont accomplis, tout n'est pas dit encore. Il faut, comme on l'a vu, qu'un délai de trente jours s'écoule avant que les poursuites de

(1) Voy. notamment Limoges, 24 août 1821.

(2) Voy. Paris, 22 déc. 1819; Nîmes, 20 nov. 1822; Poitiers, 27 nov. 1833; Bourges, 19 juill. 1841 (Dall., 42, 2, 141; S.-V., 42, 2, 409).

(3) Voy. MM. Grenier (t. II, n° 341); Zachariæ (t. II, p. 207, note 13); Aubry et Rau (t. II, p. 872, note 11; 4e édit., t. III, p. 439, note 12); Martou (n° 1266). — Voy. néanmoins Poitiers, 21 juill. 1842, arrêt rapporté par les Recueils, avec l'arrêt de la Cour de cassation du 26 juill. 1843 (Dall., 43, 1, 472; S.-V, 44, 1. 288), qui a rejeté le pourvoi, mais par des considérations de fait étrangères à la question. Toutefois, il résulte d'un arrêt ultérieur de la Cour de cassation que le commandement dont nous parlons *suprà* (nos 1145 et suiv.) et la sommation dont il s'agit ici sont solidaires, et que lorsque le commandement est devenu inutile par l'expiration des quatre-vingt-dix jours, la sommation reste sans efficacité. Req., 25 nov. 1862 (Dall., 63, 1, 209; *J. Pal.*, 1864, p. 652: S.-V., 63, 1, 149).

(4) Voy. Paris, 25 déc. 1808; Bordeaux, 3 févr. 1835 (S.-V., 35, 2, 267). — Voy. aussi Pothier (*Orl.*, tit. 20, n° 32). — *Junge:* MM. Persil (art. 2169, n° 9); Troplong (nos 784 *bis* et 792); F. Berriat Saint-Prix (*Not. théor.*, n° 8817). — D'ailleurs, la sommation faite au tiers détenteur par un créancier dont l'inscription ne contenait pas élection de domicile dans l'arrondissement de la situation des biens a pu être validée si, sur l'opposition du tiers détenteur aux poursuites, et avant l'accomplissement des formalités de la purge, ce créancier a pris une autre inscription régulière. Rej., 30 nov. 1858 (*J. Pal.*, 1860, p. 542; S.-V., 59, 1, 398). Voy. nos 970 et 1303. En tout cas, la sommation doit désigner d'une manière certaine l'immeuble dont le délaissement est demandé. Req., 6 juin 1860 (Dall., 61, 1, 171; S.-V., 61, 1, 356; *J. Pal.*, 1861, p. 80).

vente soient entamées. Là-dessus, l'art. 2161 peut prêter à l'équivoque. « Chaque créancier, y est-il dit, a droit de faire vendre, trente jours *après commandement fait au débiteur originaire, et sommation faite au tiers détenteur...* », ce qui pourrait être entendu en ce sens que la préposition *après* ne régirait que le commandement, d'où suivrait que l'intervalle de trente jours ne serait nécessaire qu'entre le commandement et la saisie, et que la sommation viendrait toujours utilement, pourvu qu'elle fût faite avant la saisie, fût-ce même la veille. Mais la raison dit que la préposition *après* régit la sommation aussi bien que le commandement. En effet, la sommation est, pour le tiers détenteur, ce qu'est le commandement pour le débiteur direct : c'est une mise en demeure. Or elle n'aurait pas ce caractère si elle pouvait être faite de manière à ne laisser aucun délai au tiers détenteur pour se consulter et prendre un parti. C'est donc quand trente jours sont écoulés après le commandement ou après la sommation, c'est-à-dire après celui des deux actes qui a été fait le dernier (voy. *suprà*, n° 1144), que le créancier peut, si la mise en demeure est restée sans résultat, entamer par la saisie les poursuites de vente.

1153. C'est une question de savoir si les *trente jours* indiqués par l'art. 2169 sont la même chose que le *mois* dont parle l'art. 2183. Nous revenons, dans le commentaire de ce dernier article (*infrà*, n° 1298), sur ce point que nous avons d'ailleurs implicitement résolu plus haut en disant que les deux sommations dont il est question aux deux articles se confondent et ne font qu'une (n° 1149). Mais notons, en attendant, que dans le calcul des trente jours dont il s'agit ici ne doivent être compris aucun des deux jours termes. Le *dies à quo* en est naturellement exclu par le mot *après* dont se sert l'art. 2169; et quant au *dies ad quem*, il est exclu par les termes mêmes de l'article 1033 du Code de procédure, d'après lequel le jour de l'échéance n'est jamais compté pour le délai général fixé pour les ajournements, les citations, *sommations et autres actes faits à personne ou domicile* (1).

VIII. — 1154. Lorsque la mise en demeure est restée sans résultat pendant les trente jours, le tiers détenteur ne peut plus s'opposer aux poursuites (sauf néanmoins le droit que lui laisse encore l'art. 2173, comme on le verra au n° 1195, de reprendre l'immeuble en payant toute la dette hypothécaire et les frais). Mais si le créancier qui a fait le commandement et la sommation ne donne pas suite à ces actes préliminaires, soit parce qu'il a été désintéressé, soit par tout autre motif, chacun des autres créanciers peut-il prendre la poursuite sans avoir à les réitérer? L'affirmative est enseignée sans distinction aucune par M. Martou, qui se fonde sur ce que l'art. 2169, en donnant à *chaque créancier* indistinctement, après trente jours à partir du commande-

(1) Voy. MM. Battur (t. III, n° 544); Dalloz (*Rép.*, v° Priv. et Hyp., p. 370, n° 12); Troplong (n° 793); Martou (n° 1269). — Voy. cependant MM. Delvincourt (t. III, p. 174, note 3); Grenier (t. II, n° 541).

ment et de la sommation restés infructueux, le droit de faire vendre l'immeuble sur le tiers détenteur, implique l'idée que le commandement fait par un créancier profite à tous les autres aussi bien que la sommation (1). Nous admettons sans difficulté que la sommation de purger ne doit pas être réitérée : c'est une mise en demeure sur un droit commun à tous les créanciers inscrits. Mais, par sa nature, le commandement est un acte individuel au créancier, fait pour une somme et pour des causes à lui personnelles. Comment donc rendre commun à Jacques le commandement fait par Pierre? Si le premier créancier a été payé après le commandement pour une somme de 3 000 francs, comment ce commandement peut-il profiter à un autre créancier de 50 000 francs...? Le système de M. Martou nous semble aller directement contre l'art. 2217 du Code civil, qui veut que toute poursuite en expropriation soit précédée d'un commandement à la requête DU *créancier*. Or ce créancier est celui *qui fait vendre,* et non celui qui se retire parce qu'il est payé, ou pour tout autre motif. Ce système, en outre, introduit une *sorte de subrogation dans les poursuites.* Or, d'après le Code de procédure (art. 721 et 724), la subrogation n'est introduite qu'en faveur des saisissants postérieurs à la saisie transcrite; et les saisies postérieures supposent chacune un commandement individuel et antérieur. Il y a là des textes positifs avec lesquels doit être combinée la disposition générale de l'art. 2169; et, par conséquent, nous concluons que, dans le cas donné, si la sommation faite au tiers détenteur par un créancier profite à tous les autres, il n'en est pas de même du commandement, qui, étant un acte essentiellement individuel, doit être réitéré en son nom personnel par tout créancier venant reprendre des poursuites qu'un autre créancier abandonne après s'être préparé à les entamer (2).

IX. — 1155. Il nous reste à dire un mot sur la forme de la vente. Cette forme est celle de l'expropriation forcée. L'art. 2169, en disant que chaque créancier hypothécaire a droit de *faire vendre l'immeuble hypothéqué sur le tiers détenteur,* donne nettement à entendre que la poursuite hypothécaire doit nécessairement aboutir à une vente aux enchères (voy. d'ailleurs *infrà,* art. 2174, n° 1193). Ainsi, aucun des créanciers ne pourrait être admis à garder la chose pour un prix d'évaluation à fixer par experts, ni à consentir que les immeubles fussent vendus sans les solennités déterminées par la loi. C'est ce que nous avons expliqué au n° 722.

X. — 1156. Cependant, de ce que le tiers détenteur qui ne remplit pas les formalités de la purge n'use pas non plus de la faculté qu'il a, soit de se libérer en délaissant l'immeuble hypothéqué, soit d'éteindre les hypothèques en payant la totalité de la dette hypothécaire, s'ensuit-il qu'il doive toujours et nécessairement subir l'expropriation forcée?

(1) Voy. M. Martou (nos 1270 et 1271).
(2) Voy., en ce sens, MM. Grenier (t. II, n° 342); Troplong (n° 795 *bis*). Voy. aussi Cass., 30 juill. 1822 (Dall., *Rép.*, t. IX, p. 381).

Non : le législateur fait une restriction à la règle qui permet aux créanciers hypothécaires de faire vendre l'immeuble hypothéqué, en autorisant le tiers détenteur, en tant qu'il n'est pas personnellement obligé, à opposer l'exception de discussion ; ou, en d'autres termes, à demander qu'avant de saisir et faire vendre l'immeuble par lui acquis, le créancier soit tenu de discuter, c'est-à-dire de faire vendre préalablement les autres immeubles, hypothéqués à la même dette, qui se trouvent encore en la possession du principal ou des principaux obligés, sauf à ce créancier, s'il n'est pas complétement rempli sur le prix de ces autres immeubles, à revenir contre lui, tiers détenteur (art. 2170, 2171).

1157. Quelque équitable qu'elle paraisse, cette exception, il faut le dire, n'est pas dans la rigueur des principes. Car, on l'a vu plus haut, le créancier qui a plusieurs gages n'a nullement à consulter le débiteur pour savoir sur lequel il agira de préférence ; c'est à lui seul que l'option appartient, en vertu de l'indivisibilité du droit hypothécaire (voy. n°s 336 et suiv.). Aussi voit-on que l'exception n'existait pas dans l'ancien droit romain, d'après lequel le créancier, après avoir mis le débiteur en demeure, pouvait agir à son gré contre lui, ou contre les cautions, ou sur les hypothèques. (L. 10 et 24, C. *De Pign.* et *Hyp.*) L'exception s'est introduite dans le droit nouveau par la novelle 4 de Justinien ; elle a été admise ensuite par notre ancienne jurisprudence, sinon d'une manière absolue (car plusieurs coutumes l'avaient rejetée), au moins assez généralement (1), et elle s'est maintenue jusqu'à la loi du 11 brumaire an 7, qui l'avait abolie. Le Code civil l'a rétablie sur ce fondement que l'hypothèque, étant l'engagement subsidiaire d'un immeuble à la garantie d'une obligation principale, n'est, au fond, qu'un cautionnement réel ; et que le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué représentant le fidéjusseur, il doit avoir le bénéfice du droit commun, qui, en matière de cautionnement, n'oblige la caution qu'à défaut par le débiteur principal de s'acquitter. Toutefois ce motif manque d'exactitude. « Le Code civil, disait-on en 1849 dans les discussions sur le régime hypothécaire, en proposant de revenir au principe de la loi de brumaire, le Code civil assimile le tiers détenteur à la caution ; mais l'assimilation est inexacte. Le créancier, en contractant avec la caution, sait qu'il n'aura contre elle qu'une action subsidiaire, et qu'elle pourra opposer le bénéfice de discussion. S'il ne veut pas être exposé à cette exception dilatoire, c'est à lui d'exiger que la caution renonce au bénéfice de discussion ou s'engage solidairement. Le créancier hypothécaire, au contraire, ne contracte nullement avec le tiers détenteur. L'aliénation ne doit pas rendre la situation de ce créancier plus mauvaise, en le soumettant à une épreuve à laquelle il ne serait pas astreint si cette aliénation n'avait pas eu lieu. » (2) — Quoi

(1) Voy. Loyseau (liv. 3, ch. 8).
(2) Voy. le rapport de M. de Vatimesnil (p. 47 et 48). Voy., dans le même sens, les Rapports de MM. Persil (p. 157) et Bethmont (p. 117). Ces idées ont prévalu en Belgique ; la loi du 16 déc. 1851 a aboli le bénéfice de discussion, dont l'abolition,

qu'il en soit, la loi accorde le bénéfice de discussion au tiers détenteur de l'immeuble grevé d'hypothèque : il faut donc voir quelle est la nature de cette exception, qui peut l'opposer, à qui elle est opposable, quels biens peuvent être préalablement discutés, enfin comment et en quelle forme l'exception doit se produire.

1158. L'art. 2170 dit que pendant la discussion, *il est sursis à la vente de l'héritage hypothéqué :* cela même caractérise l'exception et en indique la nature. Ce n'est pas évidemment une exception *péremptoire* dont le résultat soit d'éteindre l'action ; c'est une exception purement *dilatoire,* qui, lorsqu'elle est admise, empêche *temporairement* la vente sur le tiers détenteur de l'immeucle hypothéqué, mais qui n'affranchit pas définitivement ce tiers détenteur des poursuites, et, par conséquent, permettra au créancier de les reprendre si, après l'exécution des biens qu'il a été renvoyé à discuter, il n'a pas trouvé dans le prix le montant de sa créance. — Ainsi l'exception procure seulement un sursis.

Ajoutons qu'elle pourrait, selon les circonstances, n'avoir même pas cet effet : ainsi en serait-il dans le cas où il serait démontré que les biens à discuter sont évidemment insuffisants pour désintéresser le créancier. Comme l'a dit la Cour de Toulouse dans un arrêt qui consacre ce point de droit, si d'un côté le législateur a voulu que le tiers détenteur pût faire suspendre les poursuites à fin de vente dirigées contre lui en faisant discuter les biens du principal obligé, de l'autre il n'a pu entendre que, lorsque l'insuffisance des biens est évidente, il fût permis de multiplier les frais sans nécessité, de faire ainsi dévorer le gage des créanciers hypothécaires, et de retarder le payement de leurs créances sans aucune utilité ni pour le débiteur, ni pour le tiers détenteur (1). Mais il faut, on le comprend bien, que l'insuffisance soit certaine et incontestablement établie par les circonstances. Si la moindre incertitude existait sur ce point, il y aurait lieu, puisque l'exception est accordée en principe au tiers détenteur, d'ordonner la discussion demandée et de surseoir, en attendant, aux poursuites à fin d'expropriation.

XI. — 1159. Toutefois, de ce que l'exception est consacrée en principe, il ne s'ensuit pas que la discussion puisse être utilement demandée dans tous les cas ; la loi elle-même y fait des réserves en indiquant que tous les tiers détenteurs ne jouissent pas indistinctement du bénéfice de discussion.

1160. En effet, d'une part, l'art. 2170 exprime que le tiers détenteur *qui n'est pas personnellement obligé à la dette* peut, sous les conditions déterminées, s'opposer à la vente de l'héritage hypothéqué qui lui a été transmis. Or il résulte de là que tout tiers détenteur qui aurait,

---

d'ailleurs, était une conséquence de la suppression, prononcée par cette loi, des hypothèques générales. Voy. MM. Delebecque (*Comm. législ.*, p. 368, n° 512) ; Martou (n° 1274).

(1) Voy. Toulouse, 30 avr. 1836 (S.-V., 37, 2, 23). — *Junge :* MM. Duranton (t. XX, n° 246) ; Troplong (n° 802).

à un titre quelconque, contracté un engagement personnel par rapport à la dette garantie sur l'immeuble par lui détenu, pourrait être poursuivi de la même manière que le débiteur principal, et ne jouirait pas du bénéfice de discussion. Nous ne saurions donc admettre l'opinion de quelques auteurs d'après lesquels l'exception de discussion pourrait être opposée par le tiers détenteur dont l'obligation personnelle procéderait de ce qu'il aurait cautionné la dette grevant l'immeuble qu'il a ultérieurement acquis. Tel est notamment l'avis de M. Mourlon, et voici le raisonnement qu'il prête à la caution : « En quelle qualité suis-je poursuivi? Est-ce comme caution, comme débiteur personnel? Je vous oppose alors le bénéfice de discussion dont je jouis en ma qualité de caution, conformément à l'art. 2021. Est-ce comme tiers détenteur? J'invoque alors le bénéfice de discussion qui est accordé au tiers détenteur par l'art. 2170. » (1) Mais on aperçoit l'équivoque; le créancier n'aurait pas de peine à la dissiper. Laissons à l'écart l'art. 2021, répondrait-il; car il ne s'agit en aucune façon d'une poursuite *sur vos biens personnels* autres que ceux qui sont grevés de mon hypothèque; je vous poursuis comme tiers détenteur, et uniquement à cause de l'immeuble que vous détenez, *lequel est mon gage*. L'art. 2170 vous échappe donc aussi, comme l'art. 2021, ou plutôt cet article même vous condamne; car s'il accorde le bénéfice de discussion au tiers détenteur, c'est à la condition expresse que ce tiers détenteur n'est pas *personnellement obligé à la dette*. Or la condition défaille en votre personne, puisque en même temps que vous êtes tenu *réellement* à cause de l'immeuble dont vous êtes détenteur, vous êtes tenu *personnellement* à cause du cautionnement que vous avez consenti (2).

D'autres questions s'élèvent sur le point de savoir quand le tiers détenteur doit être considéré comme personnellement obligé; mais elles se produisent les mêmes à l'occasion de l'art. 2172, qui enlève au tiers détenteur personnellement obligé la faculté de délaisser, consacrée en principe par l'art. 2168 (voy. *suprà*, n° 1134), de même que l'art. 2171 lui enlève le bénéfice de discussion. Nous réunissons ces questions dans notre commentaire de l'art. 2172 (voy. *infrà*, n°s 1176 et suiv.). Si nous avons détaché celle qui précède, c'est que, dans le système que nous avons combattu, on distingue, et, tout en admettant que le délaissement n'est pas possible de la part du tiers détenteur qui a cautionné la dette (voy. n° 1179), on suppose qu'il peut opposer l'exception de discussion.

1161. D'une autre part, l'art. 2171 ajoute que l'exception de discussion n'est pas opposable au créancier privilégié ou ayant hypothèque *spéciale* sur l'immeuble.

Il résulte de là, d'abord, que le bénéfice de discussion ne peut être invoqué par le tiers détenteur qu'autant que le créancier poursuit en vertu d'une hypothèque *générale*, et, par suite, que l'exception, si elle peut

(1) Voy. M. Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 517).
(2) Voy. MM. Persil (art. 2170, 2171, n° 2); Dalloz (voy. *Priv. et Hyp.*, p. 349, n° 6); Duranton (t. XX, n° 245); Taulier (t. VII, p. 383); Troplong (n° 797).

être utilement élevée contre les hypothèques *légales* et *judiciaires,* lesquelles sont générales, ne peut jamais l'être contre l'hypothèque *conventionnelle,* qui est toujours spéciale. Ceci, d'ailleurs, se conçoit à merveille. Lorsque la stipulation affecte spécialement tel immeuble déterminé à la sûreté d'une obligation et fait de cet immeuble le gage direct du créancier, on ne peut enlever à ce créancier son gage spécial ni le contraindre à discuter, même préalablement, d'autres biens que celui en considération duquel il a prêté, sans détruire la convention et fausser la loi des parties. Le créancier dont l'hypothèque est conventionnelle ne pourra donc pas être arrêté dans l'exercice du droit de suite par l'exception de discussion, et cela sera vrai non-seulement dans le cas où l'hypothèque aura été constituée dans les termes ordinaires; mais encore dans le cas exceptionnel de l'art. 2130, où l'hypothèque doit s'étendre à des biens à venir en cas d'insuffisance des biens présents (1). Car, bien qu'elle affecte éventuellement des biens à venir, l'hypothèque, dans ce cas, n'en conserve pas moins son caractère de spécialité, comme nous l'avons démontré dans notre commentaire de ce dernier article (voy. *suprà,* n°s 685 et suiv.). Seules les hypothèques légales et judiciaires pourront donc être suspendues dans leurs effets par l'exception de discussion; encore même faudra-t-il qu'elles aient conservé leur caractère de généralité. Si elles ont été réduites dans les termes des articles 2140, 2161 et suivants, bien qu'elles demeurent légales ou judiciaires dans leur constitution et en principe, elles sont *spécialisées* par la convention (voy. *suprà,* n°s 542 et suiv., et n°s 600 et suiv.) : l'article 2171 leur est dès lors applicable.

Il en résulte ensuite que l'exception de discussion ne peut jamais être opposée aux créanciers *privilégiés.* Ceci, du reste, est en réalité une application de la règle établie par rapport aux créanciers hypothécaires, puisque les priviléges sur les immeubles sont presque tous des priviléges *spéciaux* (voy. art. 2103; *suprà,* n°s 184 et suiv.). Il n'en est autrement qu'à l'égard des priviléges de l'art. 2101, lesquels, d'après les art. 2104 et 2105, grèvent la généralité des immeubles subsidiairement (voy. *suprà,* n° 242). Mais la faveur en même temps que le peu d'importance des créances garanties par ces priviléges expliquent la disposition de la loi qui ne permet pas au tiers détenteur de paralyser, dans les mains des créanciers, l'exercice de leur droit de suite.

XII. — 1162. Il ne suffit pas, pour que l'exception de discussion puisse être proposée, que le tiers détenteur soit en présence de créanciers munis d'une hypothèque générale et qu'il ne soit pas lui-même personnellement obligé : d'autres conditions encore sont nécessaires. L'art. 2170 s'en explique clairement lorsqu'il dit que le tiers détenteur

---

(1) Voy. Grenoble, 10 janv. 1870 (S.-V., 72, 2, 307; *J. Pal.,* 1872, p. 1210); MM. Delvincourt (t. III, p. 180, note 7); Persil (art. 2170, 2171, n° 4); Dalloz (*loc. cit.*, n° 8); Duranton (t. XX, n° 250); Zachariæ (t. II, p. 209, note 21); Troplong (n° 808); Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 518; Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. V, p. 239, note 25); Aubry et Rau (4e édit., t. III, p. 442 et note 21). — Voy. cependant MM. Tarrible (*Rép.*, v° Tiers détenteur); Grenier (n° 326).

peut s'opposer à la vente de l'héritage hypothéqué qui lui a été transmis, *s'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du principal ou des principaux obligés.*

1163. Ainsi, et tout d'abord, il faut, pour que l'exception de discussion soit utilement opposée par le tiers détenteur, qu'il reste en la possession soit du débiteur, soit des principaux obligés, des biens susceptibles d'être discutés. Mais quelle est la portée des mots *principaux obligés* dont se sert le législateur? Ils comprennent, à notre avis, non-seulement les codébiteurs du principal obligé, mais encore ceux qui l'ont cautionné, et même le tiers qui avait affecté son immeuble à la sûreté de l'engagement pris par le débiteur direct et personnel. En ceci, pourtant, notre opinion est contredite par quelques auteurs. Les uns contestent la proposition en ce qui concerne les cautions, lesquelles, disent-ils, n'étant tenues qu'*accessoirement*, ne rentrent pas dans les termes de la loi, qui parle des *principaux* obligés (1); les autres la contestent par rapport au tiers qui a donné hypothèque pour le débiteur, en ce que, selon eux, on ne peut pas dire que la personne soit engagée quand l'immeuble seul répond de la dette (2). Mais il y a, sous l'un et l'autre rapport, une méprise sur la portée juridique de notre disposition. D'une part, en effet, si, par rapport au débiteur direct, la caution est un débiteur *accessoire,* il est vrai de dire qu'elle est elle-même débiteur principal ou principalement obligée par rapport au tiers détenteur, en sorte qu'on se trouve ici dans les termes mêmes de la loi (3). D'une autre part, et quant au tiers qui a donné hypothèque sur son immeuble pour garantir l'engagement pris par le débiteur direct, il est aussi obligé *principal* dans le sens de l'art. 2170; et si son obligation n'est pas personnelle (ce qui, d'ailleurs, n'est pas à considérér dans le cas particulier), du moins la spécialité de l'hypothèque dont son immeuble est grevé ne lui permet d'élever aucune objection contre le tiers détenteur qui demande à le faire discuter (4).

1164. Il faut ensuite que les immeubles restés en la possession du débiteur, de ses codébiteurs solidaires, de ses cautions ou du tiers qui a constitué hypothèque, soient hypothéqués à la dette même à raison de laquelle le créancier exerce ses poursuites contre le tiers détenteur. Donc, si le debiteur n'avait qu'un riche mobilier, ou encore si les immeubles restant en sa possession étaient libres d'hypothèque, le tiers détenteur renverrait vainement le créancier à discuter ces biens. Celui-ci ne saurait être contraint à abandonner, même provisoirement, le gage sur lequel son hypothèque lui donne un droit de préférence, pour discuter des biens qui n'ont pas de suite par hypothèque ou qui ne sont pas son gage spécial, et sur lesquels il ne pourrait venir que

(1) Voy. notamment M. Dalloz (*Rép.*, v° Hyp. et Priv., p. 348, n° 2).
(2) Voy. M. Persil (art. 2170, 2171, n° 2).
(3) Voy. MM. Zachariæ (t. II, p. 208 et note 19); Troplong (n° 808 *bis*); Mourlon (t. III, p. 518); F. Berriat Saint-Prix (*Not. théor.*, n° 8824). C'était aussi la règle dans notre ancienne jurisprudence. Voy. Loyseau (liv. 3, chap. 8, n°s 6 et suiv.); Despeisses (t. I, p. 403, 404).
(4) Voy. MM. Dalloz (*loc. cit.*, p. 349, n° 6); Zachariæ (t. II, p. 208).

comme les créanciers chirographaires de son débiteur, et en concours avec ces créanciers.

L'exception de discussion ne devrait pas non plus être admise, si les biens restés en la possession du principal ou des principaux obligés se trouvaient tellement grevés d'hypothèques préférables à celle du créancier poursuivant, qu'il parût probable que le produit de la vente serait absorbé par les créanciers qui le priment.

Ajoutons enfin que les immeubles restés en la possession du principal ou des principaux obligés, fussent-ils hypothéqués à la sûreté de la dette à raison de laquelle les poursuites sont exercées par le créancier, l'exception de discussion ne serait pas proposable si les immeubles étaient litigieux ou situés hors du ressort de la cour impériale où le payement doit être fait. Ce point est néanmoins contesté (1); mais nous le considérons comme résultant nettement de la combinaison de l'art. 2170, qui renvoie au titre *Du Cautionnement*, avec l'art. 2023, d'après lequel la caution « ne doit indiquer ni des biens du débiteur principal situés hors de l'arrondissement de la cour impériale du lieu où le payement doit être fait, ni des biens litigieux, ni ceux hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur. » Évidemment le créancier qui agit contre le tiers détenteur ne doit pas être astreint, plus que celui qui agit contre la caution, soit à subir les difficultés et les charges qui pourraient résulter d'une discussion à faire dans un lieu éloigné, soit à soutenir des procès et à en attendre la fin pour recevoir son payement (2).

XIII. — 1165. Il nous reste à dire quelques mots touchant la forme de l'exception. A cet égard, l'art. 2170 dispose que la discussion sera requise selon la forme réglée au titre *Du Cautionnement*.

Ainsi, le tiers détenteur indiquera les biens à discuter et il fera l'avance des fonds (art. 2023), car c'est dans son intérêt que la discussion va être faite par le créancier, qui, d'ailleurs, ne sera en cela que son mandataire. Toutefois le tiers détenteur n'est tenu de faire l'avance des fonds nécessaires que lorsqu'il en est requis par le créancier; il n'y a pas nécessité pour lui d'en faire l'offre (3).

Ainsi encore, l'exception sera proposée sur les premières poursuites dirigées contre le tiers détenteur (art. 2022), car il s'agit ici d'une exception *dilatoire* dont l'effet est de suspendre, mais non d'éteindre l'action du créancier (*suprà*, n° 1158), et ces sortes d'exceptions doivent, d'après les lois sur la procédure, être proposées avant toutes défenses au fond (C. proc., art. 186). Mais quel est l'acte qui est à considérer comme constituant les *premières poursuites?* D'après quel-

---

(1) Voy. MM. Dalloz (*loc. cit.*, n° 7). M. Duranton le conteste également, mais en partie, car il soutient que le tiers détenteur peut indiquer les immeubles situés hors du ressort de la cour, mais non les immeubles litigieux (t. XX, n° 246).

(2) Voy. Bordeaux, 6 août 1833 (S.-V., 34, 2, 51). — Voy. aussi MM. Delvincourt (t. III, p. 180, note 6); Persil (art. 2170, 2171, n° 7); Troplong (n° 801); Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 518); F. Berriat Saint-Prix (*Not. théor.*, n° 8821).

(3) Cass., 21 mars 1867 (Dall., 27, 1, 182; S.-V., 27, 1, 354), et M. Duranton (t. XX, n° 247). — Voy. cependant Bordeaux, 6 août 1833 (S.-V., 34, 2, 51).

ques auteurs, ce serait la sommation de délaisser ou de payer qui doit être faite au tiers détenteur (*suprà*, n° 1144), parce que cette sommation sert de point de départ à la poursuite en expropriation (1). Toutefois d'autres auteurs disent avec plus de raison que, le créancier ne pouvant faire vendre l'immeuble que trente jours après la sommation, le tiers détenteur est toujours à temps, dans ce délai, de proposer la discussion, et que son exception ne sera couverte que par les poursuites subséquentes faites pour parvenir à la vente de l'immeuble hypothéqué (2). C'est dans cet esprit que sont rendus divers arrêts desquels il résulte que l'exception serait tardivement proposée après l'apposition des placards de la saisie immobilière pratiquée sur le tiers détenteur (3).

Enfin, toutes les fois que le tiers détenteur a fait l'indication des biens à discuter et qu'il a fourni les deniers suffisants pour la discussion, le créancier est, jusqu'à concurrence des biens indiqués, responsable, à l'égard du tiers détenteur, de la perte de ses biens survenue par le défaut de poursuites, conformément à l'art. 2024, dont la disposition écrite au titre *Du Cautionnement* est applicable au tiers détenteur (4).

XIV. — 1166. Indépendamment de l'exception de discussion dont nous venons de parler, l'ancienne jurisprudence en avait admis quatre autres, qui sont, d'après Pothier : 1° l'exception à raison des impenses faites à l'héritage ; 2° l'exception à raison des hypothèques antérieures que le tiers débiteur peut avoir sur l'héritage ; 3° l'exception de garantie ; et 4° l'exception *cedendarum actionum* (5). Quant à la première de ces exceptions, nous n'avons pas à nous en occuper ici ; elle se rattache à l'art. 2175, dont nous présentons plus loin le commentaire (voy. n°s 1197 et suiv.). La seconde a été appréciée plus haut, et nous avons établi qu'elle ne saurait plus être invoquée aujourd'hui (voy. *suprà*, n° 1144). Restent les deux autres. Doit-on les admettre encore en faveur du tiers détenteur ?

1167. L'affirmative n'est pas douteuse en ce qui concerne l'exception de garantie. Elle avait lieu lorsque le créancier était personnellement obligé, de quelque manière que ce fût, envers le tiers acquéreur, à la garantie de l'héritage qui lui était hypothéqué ; par exemple, si le créancier était devenu l'héritier du vendeur de qui le tiers acquéreur aurait acquis. Il est clair que l'exception péremptoire qui résulte de cette situation, bien que nous ne la trouvions écrite ni dans l'art. 2170, ni dans aucun autre, doit néanmoins être admise comme résultant des

(1) Voy. M. Troplong (n° 801).
(2) Voy. MM. Persil (art. 2170, 2171, n° 9) ; Rolland de Villargues (v° Discussion, n° 21).
(3) Voy. Toulouse, 30 avr. 1836 ; Bordeaux, 6 déc. 1839 (S.-V., 37, 2, 23 ; 40, 2, 208). — Voy. encore Bourges, 31 déc. 1830 et 6 déc. 1839 (S.-V., 31, 2, 265 ; 30, 2, 311).
(4) Voy. MM. Duranton (t. XX, n° 248) ; Troplong (n° 801) ; F. Berriat Saint-Prix (*Not. théor.*, n° 8821).
(5) Voy. Pothier (*Tr. de l'Hyp.*, chap. 2).

principes généraux du droit; c'est une application de la maxime : *Quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio* (1).

1168. Quant à l'exception *cedendarum actionum*, c'est tout autre chose. Ceci se rattache à ce que nous avons dit plus haut, à savoir que le tiers détenteur qui paye la dette hypothécaire est subrogé au privilége et aux hypothèques du créancier qu'il a désintéressé (voy. n° 1133). Il faut supposer que le créancier a rendu impossible la subrogation à ses droits sur d'autres immeubles également affectés à sa créance; et l'on se demande alors si le tiers détenteur est fondé à opposer l'exception *cedendarum actionum;* en d'autres termes, s'il peut soutenir que l'immeuble par lui acquis est désormais affranchi du droit de suite, et qu'il n'en peut pas être exproprié. Dans l'ancien droit, on tenait généralement pour l'affirmative (2). Sous notre droit actuel, la jurisprudence et la doctrine s'en étaient autorisées, et, en présence de l'art. 2037, qui accorde expressément l'exception à la caution, elles avaient admis tout d'abord que, nonobstant l'absence d'un texte analogue à celui de l'article 2037, le tiers détenteur peut aussi opposer l'exception, son droit, à cet égard, n'étant pas autre chose que le corollaire du bénéfice de discussion (3). Mais disons que ce système est maintenant battu en brèche par la jurisprudence constante de la Cour de cassation. Et en effet, il ne saurait se soutenir avec le principe de l'indivisibilité du droit hypothécaire, auquel la Cour suprême rattache toutes ses décisions. Indivisible de sa nature, l'hypothèque subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles, et les suit en quelque main qu'ils passent. Le créancier inscrit sur plusieurs immeubles peut donc faire porter son hypothèque sur l'un d'eux, en donnant mainlevée de son inscription sur le surplus; et son droit à cet égard ne peut être modifié ou restreint par la vente que le débiteur aura faite d'un ou de plusieurs de ses immeubles. Vainement on opposerait à ce principe soit celui de la subrogation résultant de l'art. 1251, soit le bénéfice de discussion que consacre l'art. 2170. D'une part, si ce dernier article accorde au tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé à la dette le droit de discussion, ce droit ne s'applique, aux termes de ce même article, qu'au cas où il est demeuré entre les mains des obligés principaux d'autres immeubles affectés à la même dette, et de ce droit de discussion ainsi limité ne peut résulter pour le créancier l'obligation de conserver, en faveur de tout tiers dé-

---

(1) Voy. MM. Persil (art. 2170, 2171, n° 11); Dalloz (*Rép.*, v° Priv. et Hyp., p. 357, § 4); Troplong (n° 806); Martou (n° 1273). — Voy. aussi Pothier (*Cout. d'Orléans*, tit. 20, n° 41).

(2) Voy. Dumoulin (*De Usuris*, quest. 80, n°s 680 et suiv.); Loyseau (*Du Déguerp.*, liv. 2, chap. 8, n° 19); Pothier (*De l'Hyp.*, n° 104).

(3) Voy. Poitiers, 18 juin 1838; Bastia, 2 févr. 1846 et 22 nov. 1847 (*J. Pal.*, 1846, t. II, p. 391, et 1848, t. I, p. 145; S.-V., 48, 2, 10; Dall., 46, 2, 109). Voy. aussi Trib. de Villefranche, 7 févr. 1862, joint à Req., 3 juin 1863 (S.-V., 64, 1, 355; *J. Pal.*, 1864, p. 996; Dall., 64, 1, 217); et MM. Delvincourt (t. III, p. 142, note 3); Toullier (t. VII, n° 172); Ponsot (*Du Cautionn.*, n. 336); Troplong (n° 789 *bis*, et *Cautionn.*, n° 562); Grenier (*Hyp.*, t. II, n° 333); Battur (t. III, n° 509).

tenteur, et dès le jour de la vente, ses actions et hypothèques sur tous et chacun des immeubles hypothéqués. D'une autre part, la subrogation accordée par l'art. 1251 à l'acquéreur d'un immeuble qui paye le créancier auquel l'immeuble était hypothéqué n'est que la conséquence du payement, et ne peut transmettre au subrogé que les droits qui appartiennent au créancier au moment où la subrogation s'opère. Or, avant cette époque, le créancier ne pouvait être tenu de faire des diligences pour conserver les droits éventuels d'un tiers avec lequel il n'avait pas traité, et avec lequel il pouvait n'avoir ultérieurement aucun rapport. Donc, en donnant mainlevée de son inscription ou en la laissant périmer, il n'a fait qu'user de son droit, et ne peut être responsable envers les tiers détenteurs de l'usage qu'il a fait sans fraude d'un droit légitime. A la vérité, l'art. 2037 déclare que la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits et priviléges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Mais cette disposition, spéciale à la caution, et qui naît de la nature du contrat de cautionnement et de l'engagement tacite pris par le créancier au moment du contrat, de ne rien faire qui puisse nuire aux droits de la caution contre le débiteur principal, ne peut s'appliquer au tiers détenteur avec lequel aucun engagement n'a été contracté, et qui pouvait, d'ailleurs, en remplissant les formalités prescrites par la loi, échapper au danger de payer deux fois le prix de l'immeuble acquis. Ainsi raisonne la Cour suprême, et sa doctrine, dans laquelle elle a été devancée par quelques auteurs, et dans laquelle d'autres n'hésitent pas à la suivre aujourd'hui, doit amener, ce nous semble, la fin de la controverse qui dès longtemps existait sur ce point important (1).

2172. — Quant au délaissement par hypothèque, il peut être fait par tous les tiers détenteurs qui ne sont pas personnellement obligés à la dette, et qui ont la capacité d'aliéner.

2173. — Il peut l'être même après que le tiers détenteur a reconnu l'obligation ou subi condamnation en cette qualité seulement : le délaissement n'empêche pas que, jusqu'à l'adjudication, le tiers détenteur ne puisse reprendre l'immeuble en payant toute la dette et les frais.

2174. — Le délaissement par hypothèque se fait au greffe du tribunal de la situation des biens; et il en est donné acte par ce tribunal.

Sur la pétition du plus diligent des intéressés, il est créé à l'im-

---

(1) Voy. les arrêts de la Cour de cass. des 22 déc. 1846, 17 mars 1852, 18 déc. 1854, et l'arrêt de la Cour de Bourges, rendu le 11 juin 1855, sur le renvoi prononcé par ce dernier arrêt. — *Junge :* Aix, 24 mai 1853; Grenoble, 16 juill. 1859; Chambéry, 31 août 1861 (S.-V., 47, 1, 86; 52, 1, 427; 55, 1, 247, et 2, 636; 53, 2, 467; 62, 2, 219; *J. Pal.*, 1847, t. I, p. 257; 1852, t. II, p. 5; 1856, t. I, p. 11, et t. II, p. 195; 1855, t. I, p. 467; 1861, p. 538; 1862, p. 877; Dall., 47, 1, 5; 52, 1, 97; 55, 1, 34; 54, 5, 724). Voy. aussi MM. Dupret (*Rev. franç. et étrang.*, vol. de 1846, p. 401 et 405); Mourlon (*Des Subr. pers.*, p. 528); Gauthier (*Des Subrog.*, nos 513 et suiv.); Martou (no 1275); Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. V, § 825, note 26); Rivière (*Jur. de la C. de cass.*, no 603). Voy. encore notre traité du Cautionnement (*Petits Contr.*, t. II, no 372).

meuble délaissé un curateur sur lequel la vente de l'immeuble est poursuivie dans les formes prescrites pour les expropriations.

SOMMAIRE.

I. 1169. Le législateur, retournant ici sur ses pas, détermine les conditions, règle la forme, et précise, par une de ses conséquences, la portée du délaissement autorisé en principe par l'art. 2168.

II. 1170. Pour que le détenteur puisse faire le délaissement, il faut : 1° qu'il soit capable d'aliéner. La capacité s'apprécie d'après les principes généraux. — 1171. Applications. Du mineur, de l'interdit et de la femme mariée. — 1172. Du tuteur : il peut délaisser avec l'autorisation du conseil de famille ; mais il n'a pas besoin de l'homologation de la délibération par le tribunal : controverse. — 1173. Du mari : il peut effectuer seul et sans le concours de la femme le délaissement des conquêts de communauté. — 1174. Des envoyés en possession des biens d'un absent : ils ne peuvent délaisser tant qu'ils n'ont que la possession provisoire. — 1175. De même, le délaissement n'est pas possible lorsque l'immeuble hypothéqué appartient à un négociant failli ou dépend d'une succession vacante. Controverse.

III. 1176. Il faut : 2° que le tiers détenteur ne soit pas personnellement obligé à la dette. — 1177. Ainsi, il n'est jamais permis à l'acquéreur vis-à-vis du vendeur. — 1178. Il n'est pas admissible non plus de la part du codébiteur solidaire, de la caution, etc. — 1179. Mais celui qui a donné hypothèque pour garantir la dette d'autrui peut délaisser. — 1180. *Secùs* pour l'acheteur de l'immeuble qui s'est obligé envers son vendeur à payer son prix entre les mains des créanciers inscrits. Controverse. — 1181. *Quid* des héritiers purs et simples ou bénéficiaires ? — 1182. Des légataires ou donataires universels ou particuliers ? Distinctions.

IV. 1183. Le délaissement est un moyen *péremptoire*. — 1184. Dès lors il peut avoir lieu en tout temps, même après que l'acquéreur a reconnu l'hypothèque volontairement ou judiciairement, pourvu qu'il n'ait fait la reconnaissance qu'en qualité de détenteur ; — 1185. Et même après qu'à la suite d'un débat judiciaire sur la validité de la constitution d'hypothèque ou sur le droit du créancier, il est intervenu un jugement qui a donné satisfaction au créancier ; — 1186. ...Et même après qu'une procédure de saisie immobilière a été entamée contre le tiers détenteur : controverse ; 1187. — Mais non après que le tiers détenteur a notifié son contrat aux créanciers inscrits.

V. 1188. De la forme du délaissement. — 1189. Il se fait au greffe du tribunal de la situation des biens, qui en donne acte au délaissant. — 1190. Après quoi, et sur la demande de la partie la plus diligente, il est créé un curateur à l'immeuble délaissé. — 1191. La vente est poursuivie dans les formes prescrites pour les expropriations contre le curateur qui représente le débiteur et le tiers détenteur. Conséquences. — 1192. Toutefois, c'est à la personne du débiteur que le commandement doit être fait ou réitéré, en supposant que celui qui a dû être fait en exécution de l'art. 2169 n'ait pas été donné ou soit périmé.

VI. 1193. Tant que l'adjudication n'a pas eu lieu, la propriété réside sur la tête du tiers détenteur, nonobstant le délaissement. — 1194. Il s'en induit que, jusqu'à l'adjudication, le délaissant peut reprendre l'immeuble en payant les dettes et les frais de la procédure en expropriation. — 1195. Et il suffit que le délaissant offre le payement ; la loi ne demande pas un payement préalable, ni même immédiat. — 1196. Non-seulement le délaissant peut reprendre spontanément jusqu'à l'adjudication l'immeuble délaissé, mais encore il peut être contraint à se remettre en possession s'il y avait désistement des poursuites par les créanciers et radiation des inscriptions.

I. — 1169. Après avoir décrit sous ses aspects divers la situation du tiers détenteur qui, ne remplissant pas les formalités de la purge, reste soumis aux poursuites des créanciers, le législateur revient sur ses pas, pour s'arrêter au délaissement, autorisé en principe par l'art. 2168 (voy. *suprà*, nos 1135 et suiv.). En effet, le législateur indique d'abord, dans les articles dont nous abordons maintenant le commentaire, les conditions dans lesquelles le tiers détenteur doit se trouver pour être

admis à effectuer le délaissement; — puis, sans développer tous les effets du délaissement, et réservant pour d'autres articles les effets communs au délaissement, au payement et à l'expropriation (2175-2178), il précise, par une de ses conséquences, l'idée que le délaissement est un abandon, non pas de la propriété, mais simplement de la possession naturelle; — enfin, il détermine la forme ou la procédure du délaissement.

Notre commentaire aura pour objet le développement de ces divers points.

II. — 1170. L'une des conditions constitutives de la faculté de délaisser, c'est d'avoir *capacité d'aliéner;* l'art. 2172 dit, en effet, que quant au délaissement, il peut être fait par tous tiers détenteurs qui ont la capacité d'aliéner : d'où suit que tous tiers détenteurs qui n'ont pas cette capacité sont privés, au contraire, de la faculté de délaisser. Au premier aperçu, on pourrait dire que cette condition n'est pas en rapport avec le caractère propre au délaissement. Nous avons vu déjà (voy. n° 1136), et la loi elle-même va nous montrer encore tout à l'heure (art. 2173), que le tiers détenteur qui fait le délaissement n'en reste pas moins propriétaire de l'immeuble délaissé. Le délaissement n'est donc pas en lui-même un acte d'aliénation; et s'il n'est pas un acte d'aliénation, pourquoi demander la capacité d'aliéner en la personne du tiers détenteur qui se détermine à le faire? Pourtant, en y réfléchissant, on s'explique la disposition de la loi sur ce point. Le délaissement, qui n'est pas en lui-même un acte d'aliénation, prépare cependant l'aliénation et y conduit, puisqu'il aboutit à l'expropriation du tiers détenteur. On conçoit donc que la capacité d'aliéner ait été requise; et la condition est ici d'autant plus nécessaire que le délaissant, perdant par l'effet du délaissement la possession naturelle, sinon la possession civile, perd par cela même la faculté de suivre et de surveiller les opérations de la saisie et de l'expropriation.

1171. D'après cela, le mineur et l'interdit, détenteurs de biens hypothéqués, ne peuvent en faire le délaissement, puisqu'ils sont frappés d'une incapacité absolue de disposer et d'aliéner. — Si le tiers détenteur est un mineur émancipé ou un prodigue auquel il a été donné un conseil judiciaire, le délaissement ne peut être fait par eux qu'autant qu'ils sont assistés, le premier de son curateur, l'autre du conseil judiciaire. — Le tiers détenteur est-il une femme mariée, le délaissement de son bien propre ne peut avoir lieu sans l'autorisation du mari ou de la justice; et s'il s'agit de fonds constitués en régime dotal, il faut remplir les formalités prescrites par l'art. 1558 du Code civil. — Tout ceci est sans difficulté.

Mais il y a, sur certains points du moins, quelques incertitudes dans la doctrine, en ce qui concerne la capacité des administrateurs ou mandataires légaux.

1172. Et d'abord, parlons du tuteur. De ce que le mineur et l'interdit eux-mêmes ne peuvent pas délaisser, s'ensuit-il que le délaissement ne puisse pas être fait en leur nom par leur tuteur? M. Grenier

seul s'est prononcé pour l'affirmative, en prétendant qu'il n'y a pas lieu au délaissement par hypothèque toutes les fois qu'il n'y a pas dans le tiers détenteur capacité d'aliéner (1). Mais cette opinion, restée d'ailleurs isolée, repose sur une fausse entente de la loi. Si l'art. 2172 exige *la capacité d'aliéner* dans celui qui fait le délaissement, cela n'exclut en aucune manière l'action du tuteur, qui *peut,* au moyen de formalités déterminées, *aliéner* au nom de son pupille. Toute la question est de savoir quelles sont les formalités à remplir par le tuteur pour délaisser valablement, au nom du pupille, l'immeuble hypothéqué dont celui-ci est détenteur.

Selon la majorité des auteurs, le tuteur devrait, par application des art. 457 et 458 du Code civil, être muni d'une autorisation du conseil de famille *homologuée par le tribunal* (2). Toutefois, si ces deux articles étaient applicables dans ce cas, il faudrait appliquer aussi l'art. 459, qui les complète, et dès lors suivre pour la vente les formes déterminées par les art. 953 et suivants du Code de procédure pour la vente des biens immeubles appartenant à des mineurs. Or ces formes sont incompatibles avec la disposition de la loi qui permet au créancier de saisir et faire vendre l'immeuble sur le tiers détenteur trente jours après le commandement ou la sommation de purger ou de délaisser (voy. *suprà,* n°s 1152 et suiv.). Donc, si l'art. 459 du Code civil n'est pas susceptible de recevoir ici son application, c'est que les art. 457 et 458 ne doivent pas non plus être appliqués.

Et, dès lors, où le tuteur trouvera-t-il sa règle de conduite? Évidemment dans l'art. 464, aux termes duquel « aucun tuteur ne pourra introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur, *ni acquiescer à une demande relative aux mêmes droits,* sans l'autorisation du conseil de famille. » Le délaissement, qui conduit à l'aliénation, sans être un acte d'aliénation en lui-même, participe de la nature de l'acquiescement dont il est question dans cet article ; à vrai dire, c'est un véritable acquiescement, puisqu'il intervient sur un acte dont l'objet précisément est de sommer le tiers détenteur de payer ou de *délaisser*. C'est donc à cet article qu'il s'en faut tenir; d'où suit qu'il suffit que le délaissement fait par le tuteur au nom du mineur ou de l'interdit soit autorisé par le conseil de famille, et qu'il n'est pas nécessaire que la délibération soit homologuée par le tribunal (3).

1173. Quant au mari, il a, sans aucun doute, le pouvoir d'effectuer seul et sans le concours de sa femme le délaissement des conquêts de communauté, parce que la loi, sans confirmer précisément la qualité de maître et de seigneur que la législation coutumière conférait au mari par rapport aux biens de la communauté, lui donne cependant des droits

---

(1) Voy. M. Grenier (t. I, n° 327).
(2) Voy. MM. Persil (art. 2172, n° 4); Battur (t. III, n° 482); Duranton (t. XX, n° 260); Zachariæ (t. II, p. 209, note 24); Martou (n° 1288); Aubry et Rau (t. II, p. 881; 4e édit., t. III, p. 447 et 448).
(3) Voy. MM. Dalloz (*Rép.*, v° Priv. et Hyp., p. 342, n° 5); Troplong (n° 820); de Fréminville (*De la Minor.*, t. I, n° 441 *bis*).

qui impliquent la faculté de vendre, d'*aliéner* et d'hypothéquer sans le concours de la femme (C. civ., art. 1421).

1174. Les envoyés en possession *définitive* des biens des absents étant capables, aux termes de l'art. 132 du Code civil, pour *aliéner* les biens de l'absent, peuvent par cela même faire le délaissement.

Mais il en serait autrement avant l'envoi en possession définitif; jusque-là, et même après l'envoi en possession *provisoire,* les représentants de l'absent sont simplement dépositaires (art. 125); il leur est interdit d'aliéner et d'hypothéquer les biens de l'absent (art. 128). Ils ne peuvent donc pas non plus faire un délaissement par hypothèque. Disons même qu'ils ne pourraient pas se faire autoriser à délaisser. On admet, à la vérité, que, malgré la prohibition d'aliéner contenue dans l'art. 128, les envoyés en possession provisoire peuvent être autorisés à vendre les biens de l'absent lorsqu'il y va de l'intérêt de ce dernier ou que l'aliénation paraît indispensable. Mais on a dit avec raison que le délaissement ne présente jamais ce caractère, l'intérêt de l'absent exigeant, au contraire, que les envoyés en possession provisoire restent dans leur rôle d'administrateurs ou de dépositaires pour surveiller la procédure en expropriation, au lieu de le déserter par un abandon de la possession naturelle (1).

1175. Par une considération analogue, nous croyons que le délaissement serait également impossible dans le cas où l'immeuble hypothéqué appartiendrait à un négociant failli ou dépendrait d'une succession vacante. Ceci est incontestable et n'est pas contesté pour ce dernier cas. Le curateur à une succession vacante est un véritable administrateur; il n'a donc pas qualité pour délaisser; et, ne pouvant pas empêcher le créancier qui exerce son droit de suite d'arriver à ses fins, il n'a qu'à subir l'expropriation forcée.

Il semble que la solution ne devrait pas être contestée davantage dans le cas de faillite. Elle fait pourtant quelque difficulté. Sans doute l'on admet que le failli lui-même ne peut pas faire le délaissement; et, en effet, le jugement qui déclare la faillite emporte pour le failli dessaisissement de l'administration de ses biens, en sorte que les motifs mêmes qui ne ne lui permettent pas de constituer hypothèque (voy. *suprà,* n°s 620, 875 et suiv.) lui interdisent le délaissement. Mais quelques auteurs supposent que, sinon le failli lui-même, au moins les syndics définitifs, pourraient délaisser, en ce que, disent-ils, ils ont qualité, d'après l'art. 534 du Code de commerce, pour poursuivre la vente des immeubles du failli (2). Nous répondons que si les syndics définitifs, c'est-à-dire les syndics nommés et maintenus dans les termes de l'article 462, §§ 3 et 4 du Code de commerce modifié par la loi de 1838 sur les faillites, ont qualité pour vendre les immeubles du failli dans le

---

(1) Voy. MM. Martou (n° 1291). — *Junge :* MM. Grenier (t. I, n° 328); Troplong (n° 819).

(2) Voy. MM. Grenier (*loc. cit.*); Dalloz (*Rép.*, v° Priv. et Hyp., p. 343, n° 7); Troplong (*loc. cit.*).

cas d'union des créanciers auquel se réfère l'art. 534, c'est uniquement en vue de la liquidation et pour en faciliter les opérations. Or, conclure de la faculté d'aliéner accordée aux syndics dans cette pensée à la faculté de délaisser, c'est aller en sens inverse de la loi, puisque c'est autoriser les syndics à se rendre étrangers aux poursuites d'expropriation, c'est-à-dire à déserter une administration qui est précisément l'objet unique de la charge dont ils sont investis.

III. — 1176. La seconde condition requise pour que le délaissement puisse être effectué, c'est que l'acquéreur de l'immeuble grevé *ne soit pas personnellement obligé à la dette.* Cela s'induit encore de l'article 2172, qui, en cela, ne fait que sanctionner une règle résultant de la nature même des choses. Le délaissement devant avoir pour effet de libérer à l'instant même le détenteur de l'immeuble et de l'affranchir des poursuites exercées par les créanciers privilégiés ou hypothécaires, il serait manifestement sans objet, dès que, comme obligé *personnel,* le détenteur pourrait encore être recherché et poursuivi sur tous ses biens sans en excepter ceux qu'il aurait délaissés. « Le délaissement du gage, comme l'exprime Loyseau, ne peut pas abolir l'obligation personnelle qui résulte du contrat, et qui a son effet sur *tous les biens* et sur la personne même du débiteur. » (1) Il est donc tout naturel que celui qui est tenu, non pas seulement comme détenteur, mais encore comme *personnellement obligé à la dette,* ne soit pas admis à délaisser.

1177. Ceci posé, il est à peine nécessaire de faire remarquer que le délaissement n'est jamais possible de la part de l'acquéreur vis-à-vis de son vendeur. Ce n'est pas comme détenteur que l'acquéreur est tenu envers le vendeur, il est lié par une obligation essentiellement personnelle; et l'admettre à délaisser, ce serait l'autoriser à résoudre par sa seule volonté le contrat qui s'est formé par le concours de deux consentements librement échangés.

Il faut dire plus : l'acquéreur ne pourrait pas opposer à son vendeur le délaissement qu'il aurait fait aux créanciers de ce dernier (voy. *suprà,* n° 1135); sans quoi il pourrait arriver par une voie détournée, par le délaissement, à la libération d'une obligation personnelle. Peu importe que l'acquéreur soit exposé à être évincé par l'effet des poursuites des créanciers hypothécaires. La loi elle-même lui vient en aide, car il peut procéder aux formalités de la purge et, en attendant, profiter du bénéfice de l'art. 1653 du Code civil, en suspendant le payement du prix, jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le danger d'éviction. Mais en aucun cas il ne peut, ni directement ni indirectement, se libérer par cette voie du délaissement qui est offerte au *tiers détenteur* vis-à-vis des créanciers exerçant le droit de suite résultant de leurs priviléges ou hypothèques, jamais à l'acquéreur vis-à-vis de son vendeur.

1178. Revenons donc à l'objet de l'art. 2172, et rappelons que le tiers détenteur lui-même ne peut délaisser qu'autant qu'il n'est pas

---

(1) Loyseau (*Du Déguerpiss.,* liv. 4, chap. 3, n° 2).

personnellement obligé à la dette. D'après cela, on peut dire, par forme d'énumération générale, que le délaissement n'est pas permis au débiteur solidaire devenu acquéreur de l'immeuble grevé d'hypothèque par son codébiteur ; à la caution devenue propriétaire de l'immeuble affecté par le débiteur principal à la sûreté du contrat dont elle avait garanti l'exécution ; à l'acquéreur qui s'est obligé par le contrat d'acquisition à payer son prix entre les mains des créanciers inscrits ; aux héritiers ou successeurs qui représentent le débiteur. Toutefois, sur plusieurs de ces points, il y a quelques distinctions et certaines réserves à faire.

1179. Ainsi, pour le cautionnement, nous entendons parler seulement de celui qui engendre une obligation personnelle. En effet, si nous étions en présence de ce que l'on pourrait appeler un cautionnement *réel,* par exemple la constitution d'hypothèque faite par un tiers qui, sans s'engager personnellement, aurait affecté un de ses immeubles à la sûreté de la dette d'autrui, la voie du délaissement ne saurait être fermée à ce tiers. Comme il n'est tenu qu'à raison de l'immeuble par lui engagé, le délaissement qu'il ferait aux créanciers dont cet immeuble est le gage serait l'exécution même de son contrat, puisque en abandonnant le gage il laisserait un libre cours à l'action hypothécaire, la seule par laquelle il a voulu être tenu. Donc le cautionnement qui ne permet pas à la caution, devenue propriétaire de l'immeuble hypothécairement affecté par le débiteur principal, d'en faire le délaissement, est celui que définit l'art. 2011 du Code civil, c'est-à-dire celui qui *oblige personnellement* la caution à satisfaire à l'obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. Le délaissement du gage ne pourrait pas, suivant l'expression de Loyseau, abolir l'obligation personnelle ; et si quelques auteurs ont soutenu, mais à tort selon nous (voy. nº 1160), que, bien que personnellement obligée, la caution jouit néanmoins du bénéfice de discussion, aucun du moins ne suppose qu'elle puisse en aucun cas exercer la faculté de délaisser.

1180. Quant à l'acquéreur qui s'est obligé par le contrat d'acquisition à payer son prix entre les mains des créanciers inscrits, il est déchu d'une manière absolue et ne peut plus délaisser (1). Une distinction pourtant a été proposée. La déchéance, a-t-on dit, serait certaine s'il s'agissait d'une délégation parfaite acceptée par l'acquéreur, et par suite de laquelle le créancier, intervenant à l'acte, aurait déchargé le débiteur direct, parce qu'alors il y aurait novation, et que l'acquéreur serait devenu le débiteur personnel du créancier. Mais la faculté de délaisser subsistera si l'acquéreur s'est simplement obligé à payer son prix aux créanciers inscrits sans que ces derniers soient intervenus à l'acte, ou sans qu'ils aient accepté ultérieurement la clause dont il s'agit, parce qu'il n'y aurait là qu'une simple indication de payement (2). Toutefois, la

(1) Voy. Req., 11 mai 1863 (S.-V., 64, 1, 357 ; Dall., 64, 1, 191 ; *J. Pal.*, 1864, p. 994) ; Metz, 17 juill. 1867 (Dall., 67, 1, 151). *Comp.* Grenoble, 13 juill. 1865 (*J. Pal.*, 1866, p. 358 ; S.-V., 66, 2, 89).

(2) Voy. Bruxelles, 9 flor. an 13 ; Turin, 11 févr. 1811 ; Orléans, 25 juill. 1849 et

distinction n'est pas admissible : car si les créanciers qui n'ont pas été présents au contrat n'ont pas qualité pour agir en leur propre nom, comme peuvent le faire ceux qui, ayant été présents, ont personnellement stipulé, ils peuvent au moins exercer les droits de leur débiteur, et, en vertu de l'art. 1166, exiger au nom de ce dernier l'exécution de la convention : c'est l'opinion qui prévaut en doctrine et en jurisprudence (1). Seulement, les créanciers devront soigneusement éviter, dans ces divers cas, de mettre en avant l'action hypothécaire, s'ils tiennent à conserver l'actión personnelle qu'ils ont contre le tiers détenteur. S'ils concluaient tout d'abord au délaissement, ou s'ils procédaient aux poursuites par la sommation de payer ou de délaisser, ils seraient censés renoncer par cela même à l'action personnelle, et, désormais, ils seraient non recevables à l'exercer. C'est la remarque de M. Troplong; elle a été confirmée par la jurisprudence (2).

1181. Enfin, quant à l'héritier du débuteur direct, il est certain en principe qu'il est personnellement obligé comme son auteur lui-même, et que par cela seul le délaissement lui est interdit. Et il en est ainsi de l'héritier bénéficiaire non moins que de l'héritier pur et simple. Comme le dit Loyseau, « toutes les règles qui s'observent en l'héritier simple doivent être gardées en l'héritier par bénéfice d'inventaire, fors qu'il ne peut jamais être tenu outre la valeur des biens héréditaires; mais outre cette particularité et peu d'autres qui en résultent, il est en tout et partout semblable à l'héritier simple. » (3) Ainsi, pur et simple ou bénéficiaire, l'héritier du débiteur direct ne pourrait, pas plus que

---

28 mai 1851 (S.-V., 51, 2, 521; *J. Pal.*, 1849, t. II, p. 422; 1851, t. I, p. 562). — Voy. aussi MM. Delvincourt (t. III, note 2 de la page 179), Taulier (t. VII, p. 383) et Duranton (t. XX, nº 256).

(1) Voy. Req , 21 mai 1807 et 1er juill. 1850 (Dall., 50, 1, 177); Bruxelles, 12 mai 1810; Paris, 12 mars 1812; Rouen, 12 juill. 1823. — Voy. aussi, dans l'ancien droit: Loyseau (*Du Déguerpiss.*, liv. 3, chap. 8, nº 14, et liv. 4, chap. 4, nº 10); Despeisses (t. 4, p. 404); et dans le droit nouveau : MM. Persil (art. 2172, nos 2 et 3); Grenier (nos 324 et 357); Zachariæ (t. II, p. 212 et note 32); Troplong (nos 797 et 813); Martou (nº 1296); Aubry et Rau (t. II, p. 879 et 880; 4e édit., t. III, p. 446); Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. V, § 825, note 42). Toutefois, il n'en est ainsi qu'autant qu'il s'agit de créanciers déterminés et spécialement désignés par le contrat : cette doctrine ne saurait, en effet, être étendue au cas où l'acquéreur aurait pris l'engagement, dans son acte de vente, de payer son prix aux créanciers inscrits au fur et à mesure de l'exigibilité de leurs créances, sans désignation aucune de ces créanciers. Cass., 13 févr. 1867 (S.-V., 67, 1, 157; Dall., 67, 1, 172; *J. Pal.*, 1867, p. 373). On ne pourrait pas l'étendre non plus au cas où la femme retire, en vertu de l'art. 1408 du Code civil, l'immeuble à elle appartenant par indivis, et dont son mari s'est rendu acquéreur. La Cour de cassation a justement décidé que la femme, dans ce cas, ne devient pas débitrice personnellement des vendeurs, qui sont sans droit pour réclamer directement et de leur chef, contre elle, l'exécution de l'acte d'acquisition, et que l'action réelle et le privilége du vendeur, en supposant qu'ils continuent à grever, dans ses mains, l'immeuble retiré par elle, limités, quant à leurs effets, à cet immeuble, peuvent bien l'obliger à payer ou à délaisser, sinon à subir l'expropriation, mais non à payer la dette, dont elle n'est tenue que comme détentrice, sur d'autres biens que ceux affectés à la garantie de cette dette. Cass., 14 nov. 1854 (*J. Pal.*, 1856, t. I, p. 61; S.-V., 55, 1, 718; Dall., 55, 1, 232).

(2) Voy. l'arrêt déjà cité de la Cour d'Orléans, du 28 mai 1851, et M. Troplong (nº 813).

(3) Voy. Loyseau (*Du Déguerpiss.*, liv. 4, chap. 4, nº 20).

n'aurait pu le faire ce débiteur lui-même, s'affranchir par le délaissement des poursuites exercées par les créanciers hypothécaires ou privilégiés, car il est personnellement tenu à la dette.

Mais si le débiteur avait plusieurs héritiers, celui dans le lot duquel est tombé l'immeuble hypothéqué, n'étant tenu personnellement de la dette que dans la proportion de sa part héréditaire, il s'ensuit que s'il paye cette part, il éteint son obligation personnelle; en sorte que, n'étant plus tenu pour le surplus que comme détenteur, et à raison de sa détention même, il est dans les conditions qui permetteut au tiers détenteur de se soustraire aux poursuites en délaissant. L'héritier pur et simple ou bénéficiaire pourra donc, sans aucune difficulté, faire le délaissement des immeubles hypothéqués dont il est détenteur en payant ou en faisant offres réelles, avec consignation, aux créanciers de la part pour laquelle il est personnellement tenu comme héritier (1). Seulement, le délaissement étant sinon un acte d'aliénation, au moins un acte qui conduit à l'aliénation, l'héritier bénéficiaire ne pourrait le faire sans s'exposer à la déchéance du bénéfice d'inventaire.

1182. Du reste, ce que nous venons de dire de l'héritier, il faut le dire également de ceux qui succèdent comme institués par le débiteur direct. Ainsi le légataire universel ou à titre universel, le donataire des biens présents et à venir, ne pourront se libérer par le délaissement que dans le termes où l'héritier naturel pourrait le faire lui-même, suivant la distinction indiquée au numéro précédent. — Mais celui qui ne tiendrait l'immeuble hypothéqué que par l'effet d'un legs particulier ou d'une donation ayant pour objet cet immeuble même, pourra sa libérer en délaissant, car il ne représente pas la personne du testateur ou du donateur, et n'est tenu qu'hypothécairement de la dette à la sûreté de laquelle l'immeuble légué ou donné avait été affecté.

IV. — 1183. Le délaissement, soumis, sur plusieurs points et notamment quant aux conditions sans lesquelles il ne peut avoir lieu, aux mêmes règles que le bénéfice de discussion dont nous avons parlé en commentant l'art. 2170 (voy. *snprà*, nos 1151 et suiv.), n'est pas renfermé dans des limites aussi étroites, en ce qui concerne le moment où il peut être effectué. Le bénéfice de discussion est une exception qui, n'étant que *dilatoire,* doit être proposée avant toutes défenses au fond (voy. n° 1165). Au contraire, le délaissement, en tant qu'il est possible de la part du tiers détenteur, fait plus que de suspendre les poursuites; il les arrête définitivement, il en supprime même la cause, car il libère sur-le-champ le tiers détenteur et ne laisse plus aux créanciers que le soin de faire vendre le gage pour s'en distribuer le prix. C'est donc là un moyen *péremptoire* qui, à la différence de l'exception de discussion, peut dès lors n'être pas proposé sur les premières poursuites.

Aussi l'art. 2173 dispose-t-il que le délaissement peut être fait même

---

(1) *Comp.* Rej., 2 déc. 1867 (Dall., 67, 1, 469).

après que le tiers détenteur a *reconnu l'obligation ou subi condamnation en cette qualité de détenteur*. Mais il faut préciser la pensée de la loi.

1184. L'une des hypothèses qu'elle prévoit ici est celle où le créancier ne pouvant poursuivre parce que la créance est à terme ou conditionnelle, il lui importe d'éviter que le tiers détenteur ne prescrive la libération de l'hypothèque assise à son profit sur l'immeuble détenu par ce dernier. Dans ce cas, le créancier peut s'adresser au tiers détenteur et lui demander qu'il reconnaisse, non pas l'*obligation,* comme le dit l'art. 2173, mais l'*hypothèque.* Et alors il arrivera de deux choses l'une : ou le tiers détenteur reconnaîtra l'existence de l'hypothèque, reconnaissance *volontaire* qui produira l'interruption de prescription; ou le tiers détenteur refusera de donner aucune reconnaissance, et le créancier formera contre lui cette action en interruption dont nous parlons *suprà,* n° 1126, et sur laquelle interviendra, non pas précisément un jugement de *condamnation,* suivant l'expression de la loi, mais une reconnaissance *judiciaire* de l'hypothèque. L'art. 2173 précise que, même après avoir ainsi reconnu, soit *volontairement,* soit *judiciairement,* l'existence de l'hypothèque, le tiers détenteur peut encore effectuer le délaissement.

Notons seulement que, dans les termes mêmes de la loi, la faculté de délaisser ne subsiste qu'autant que le tiers détenteur a fait sa reconnaissance en cette qualité de tiers détenteur. Si, en reconnaissant l'existence de l'hypothèque, il s'était, d'une manière quelconque, obligé personnellement au payement de la dette, le délaissement ne serait plus admissible, non pas comme fait tardivement, mais parce qu'il serait sans objet, puisque indépendamment de l'engagement hypothécaire, il existerait désormais une obligation personnelle que le délaissement du gage ne pourrait pas abolir (voy. n°s 1176 et suiv.).

1185. Une autre hypothèse à laquelle se réfère l'art. 2173 est celle où, à la suite d'un débat judiciaire sur la validité de la constitution d'hypothèque ou sur le droit qu'aurait le créancier à maintenir son inscription, il est intervenu une décision qui a donné satisfaction aux prétentions du créancier. C'est notamment le cas des jugements intervenant sur les demandes en radiation d'inscription. Si le tiers détenteur succombe dans une instance pareille, il subit, *en sa qualité de tiers détenteur,* une condamnation qui laisse entière la faculté de délaisser; il peut donc, même après que cette condamnation a été prononcée, effectuer le délaissement.

1186. Mais supposons que la procédure de saisie immobilière soit entamée contre le tiers détenteur : en sera-t-il alors du délaissement comme du bénéfice de discussion (voy. n° 1165)? Des auteurs en assez grand nombre, se prononçant pour l'affirmative, estiment que le délaissement ne peut plus avoir lieu, parce qu'en prenant le rôle de défendeur à la saisie, le tiers détenteur a tacitement promis de rester en cause, et parce qu'il a eu assez de temps pour délaisser, la saisie ne pouvant être faite, d'après l'art. 2169 (voy. n°s 1152 et suiv.), que trente jours

après la sommation de payer ou de délaisser (1). La solution contraire est assurément préférable. La loi, en effet, n'assigne au détenteur aucun délai pour user de la faculté de s'affranchir des poursuites des créanciers hypothécaires en abandonnant la possession naturelle de l'immeuble hypothéqué. L'art. 2169, qui met un intervalle de trente jours entre la sommation et la saisie, a été écrit en vue des créanciers dont il suspend l'action, et, s'il peut être opposé au tiers détenteur, c'est, comme nous l'avons expliqué (*loc cit.*), en ce sens seulement que, les trente jours expirés sans qu'il ait pris parti, il ne peut plus, sauf le cas de péremption du commandement et de la sommation, empêcher les créanciers d'agir pour le recouvrement de leur créance. Mais il n'en résulte en aucune façon que le tiers détenteur soit tenu de rester en cause, de subir l'expropriation, et qu'il ne puisse pas abandonner la possession et laisser la procédure s'accomplir sur le curateur qui, d'après l'art. 2174, doit être créé à l'immeuble. Il faut, pour que cette faculté de se soustraire aux poursuites lui soit enlevée, qu'il se soit obligé ou qu'il ait été condamné personnellement. Sans cela, la saisie, par elle-même, ne saurait faire obstacle au délaissement. Et, en effet, il est admis en jurisprudence que le délaissement peut être fait par le tiers détenteur même après qu'une procédure en saisie immobilière a été commencée contre lui (2), et même après qu'il y a eu, contradictoirement avec lui, conversion de la saisie en vente sur publications volontaires (3).

1187. Il a été décidé même que le tiers détenteur est encore admissible à faire le délaissement après avoir notifié son contrat aux créanciers inscrits (4). Toutefois il y avait cela de particulier dans l'espèce, que la notification avait été sans effet en ce qu'elle n'avait pas empêché des poursuites de saisie contre le tiers détenteur; ce qui explique la décision. Mais, en principe, nous n'admettrions pas que le tiers détenteur pût encore être admis à délaisser après avoir notifié son contrat aux créanciers inscrits avec offre de payer, ou même lorsque, sans avoir fait aucune notification, il aurait laissé s'ouvrir, contradictoirement avec lui, un ordre pour la distribution de son prix de vente. Le délaissement serait désormais inadmissible, non parce qu'il serait tardif, mais parce qu'il est intervenu un engagement exprès ou tacite qui oblige le tiers détenteur personnellement (5).

---

(1) Voy. MM. Delvincourt (t. III, p. 179, aux notes); Persil (art. 2173, n° 2); Duranton (t. XX, n° 262); Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 514).

(2) Paris, 10 janv. 1851 et 17 févr. 1853; Angers, 14 juill. 1855; Lyon, 4 déc. 1860 (S.-V., 55, 2, 629; 61, 2, 515; *J. Pal.*, 1853, t. I, p. 435, 436; 1855, t. II, p. 608; 1862, p. 1009; Dall., 53, 2, 231; 56, 2, 52). Voy. MM. Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. V, p. 240, note 27); Aubry et Rau (t. II, p. 879; 4e édit., t. III, p. 445).

(3) Voy. les arrêts de Paris, des 10 janv. 1851 et 17 févr. 1853, cités à la note précédente.

(4) Voy. l'arrêt d'Angers du 14 juill. 1855, cité à l'avant-dernière note.

(5) Voy., en ce sens, Req., 14 mars 1838; Paris, 9 déc. 1833; Bourbon, 18 janv. 1834 (S.-V., 34, 2, 191; 38, 1, 463; Dall., 34, 2, 161; 37, 2, 173; 38, 1, 100); MM. Persil (art. 2184); Grenier (t. II, n° 458); Dalloz (p. 373, n° 32); Troplong (n° 814); Martou (n° 1295).

V. — 1188. Occupons-nous maintenant de la forme du délaissement. Aux termes de l'art. 2174, il s'opère au moyen d'une déclaration faite au greffe du tribunal de la situation des biens, et dont le tribunal doit donner acte. L'article ajoute que la déclaration étant ainsi faite et reçue, il est créé à l'immeuble délaissé, sur la pétition ou la demande du plus diligent des intéressés, un curateur sur lequel la vente de l'immeuble est poursuivie dans les formes prescrites pour les expropriations. — Reprenons cette disposition de la loi dans ses détails.

1189. Et d'abord le délaissement est déclaré par acte au greffe; c'est dire que cet acte doit être signé par le délaissant qui fait la déclaration et par le greffier. La déclaration doit ensuite être portée à la connaissance du vendeur et des créanciers inscrits, avec sommation de comparaître à l'audience, pour que le tribunal reçoive le délaissement s'il y a lieu (1). Nous disons *s'il y a lieu;* en effet, le tribunal ne devra être appelé à statuer que si le délaissement est contesté soit par le vendeur, soit par les créanciers inscrits. Ceux-ci, en effet, peuvent refuser le délaissement s'il ne se produit pas dans les conditions déterminées par la loi; c'est alors seulemnnt que, sur leur refus, lequel doit aussi être fait par simple acte, les parties viennent à l'audience pour qu'il soit statué par le tribunal. Mais si la déclaration du délaissement est acceptée sans contestation aucune par les parties interessées, l'intervention du tribunal est absolument inutile; et comme elle ajouterait aux frais en pure perte, le parties pourront passer outre sans la demander (2).

1190. On passera outre : c'est-à-dire que le délaissement accepté par les parties intéressées ou reçu par le tribunal sera immédiatement suivi de la nomination d'un curateur à l'immeuble délaissé. S'il y a eu contestation sur le délaissement, le tribunal, saisi par la notification au vendeur et aux créanciers inscrits avec sommation de comparaître à l'audience, nomme le curateur par le jugement même qui donne acte du délaissement. C'est le mode habituellement suivi en pratique. S'il n'y a pas eu contestation, et si par suite les parties ont cru pouvoir se dispenser de faire recevoir le délaissement par jugement, la plus diligente d'entre elles présente requête au président, qui ordonne la communication au ministère public; puis, sur l'ordonnance du président, précédée des conclusions écrites du ministère public, il intervient, en le chambre du conseil, une décision portant nomination du curateur (3). Du reste, rien n'empêche de suivre ce dernier mode, même

(1) Voy. Riom, 30 juin et 8 déc. 1852 (*J. des avoués*, art. 1439 et 1456). — Il a été jugé que l'avoué, qui, après avoir fait au greffe un délaissement au nom d'un tiers détenteur, a négligé d'en demander acte au tribunal et d'en assurer ainsi l'effet définitif, est responsable du préjudice causé par son inaction, lorsqu'elle a eu pour conséquence de faire annuler le délaissement comme étant devenu sans objet par suite d'un arrangement entre le propriétaire et les créanciers hypothécaires, et de faire condamner par suite le tiers détenteur à payer son prix. Dijon, 23 avr. 1869 (*J. Pal.*, 1869, p. 970; S.-V., 69, 2, 214).

(2) Voy. MM. Pigeau (t. II, p. 448); Troplong (n° 827).

(3) Voy. M. Bertin (*Ch. du Conseil*, n° 1260).

dans le cas où il y a eu contestation sur le délaissement, si le jugement qui en donné acte ne contient pas en même temps la nomination du curateur.

1191. Le curateur étant nommé, c'est contre lui seul que la vente de l'immeuble doit être poursuivie dans les formes prescrites pour les expropriations (1). Le curateur, en effet, reste seul en présence des créanciers pour subir les poursuites. Car, d'une part, le tiers détenteur y devient étranger, et, comme le dit Loyseau, « il ne faut pas le trouver mauvais... ; cela se fait à l'exemple de la cession des biens où il a été ordonné, par le droit, que la vente se feroit sous le nom d'un curateur, ou *magister bonorum*, afin d'éviter l'infamie ou l'ignominie qui, selon l'ancien droit, résultoit de la vente et distraction publique des biens. » (2) Sans aller aussi loin que l'ancien droit dont parle Loyseau, une expropriation faite sur le tiers détenteur a du moins à son égard une publicité fâcheuse et lui crée des ennuis et des embarras auxquels il a voulu se soustraire par l'abandon de la possession. Par ce fait volontaire, il a consenti tacitement à tout ce que ferait le curateur ; il devient donc étranger aux poursuites. D'une autre part, le débiteur, dépouillé de la propriété par le vente originaire, a consenti dès lors à subir les conséquences du droit de suite attaché aux hypothèques par lui constituées, c'est-à-dire l'expropriation faite *sur qui de droit*, après la mise en demeure résultant du commandement, et sa présence aux poursuites augmenterait les frais sans résultat. C'est donc le curateur donné à l'immeuble qui seul est le contradicteur du poursuivant ; il est là pour le débiteur à la fois et pour le tiers détenteur, à ce point que les jugements rendus avec lui leur sont opposables, et que le débiteur, pas plus que le tiers détenteur, n'y pourrait former tierce opposition (3).

1192. Néanmoins, il y a une formalité nécessaire à l'expropriation pour laquelle le débiteur ne pourrait pas être représenté par le curateur : nous voulons parler du commandement qui doit précéder la saisie immobilière à la suite de laquelle viendra l'expropriation. Sans doute la nomination du curateur se place à un moment où, si les choses se sont passées régulièrement, le commandement existe déjà ; il a dû être fait en exécution de l'art. 2169 (*suprà*, nos 1141 et suiv.) ; et, en général, il n'y aura pas à le faire de nouveau. Mais il peut arriver que cette formalité essentielle ait été omise ; ou encore il se peut que le commandement qui a été donné soit périmé : il y aura lieu alors,

(1) Au cas où les créanciers inscrits sur des immeubles dont le tiers détenteur a fait le délaissement ont omis de comprendre dans leurs poursuites d'expropriation l'une ou plusieurs des parties délaissées, et où le prix des biens saisis a été suffisant pour solder toutes les créances hypothécaires, le curateur au délaissement a qualité pour revendiquer contre tous détenteurs les parcelles non saisies, et pour réclamer, en outre, tous intérêts, restitutions de fruits et indemnités à raison de dégradations. Req., 30 janv. 1867 (*J. Pal.*, 1867, p. 272 ; Dall., 67, 1, 230 ; S.-V., 67, 1, 116).

(2) Loyseau (*Du Déguerpiss.*, liv. 6, chap. 7, n° 5).

(3) Paris, 10 janv. 1835 (Dall., 37, 2, 125 ; S.-V., 35, 2, 81).

mais seulement alors, de faire ou de réitérer le commandement. Pourtant, en aucune hypothèse il ne pourra être dirigé contre la personne du curateur; car le poursuivant n'a pas de titre exécutoire contre lui : c'est donc au débiteur que le commandement doit être fait (nos 1146 et 1149).

VI. — 1193. Les droits du tiers détenteur sur l'immeuble délaissé se résolvent par l'adjudication : tant que cette adjudication n'a pas eu lieu, la propriété continue de résider sur la tête du tiers détenteur; car, ainsi que nous l'avons fait remarquer plus haut, le délaissement est l'abandon, non point de la propriété, mais de la possession naturelle, ou, comme dit Loyseau, de la simple détention et occupation (voy. n° 1136). Il s'induit de là que si l'immeuble périt par cas fortuit après le délaissement et avant l'adjudication, il périt pour le tiers détenteur, par application de la maxime *Res perit domino;* et le tiers détenteur n'a pas même de recours en garantie contre son vendeur, puisque, n'étant pas encore exproprié, il est privé de sa chose non pas par l'effet de l'action hypothécaire, mais par l'événement du cas fortuit (1). On en conclura également que si, l'adjudication consommée, le prix est d'une somme supérieure à celle qui serait nécessaire pour remplir les créanciers hypothécaires et privilégiés, l'excédant reste au tiers détenteur (2).

1194. Mais il y a une autre conséquence que le législateur lui-même a spécialement formulée : jusqu'à l'adjudication, le délaissement n'empêche pas que le tiers détenteur ne puisse reprendre l'immeuble en payant toutes les dettes et les frais (art. 2173). Seulement, on le voit, le tiers détenteur ne peut user de cette faculté qu'à une condition, celle de payer les frais (ce qui s'entend des frais de la procédure en expropriation) et toute la dette. Cette condition, d'ailleurs, était indiquée par la nature même des choses. Quand le délaissement n'est offert aux créanciers que comme un moyen d'arriver, par la réalisation du gage, à la satisfaction de leurs droits, on ne comprendrait pas que le tiers détenteur pût revenir sur sa détermination première en reprenant l'immeuble délaissé, sans rendre les créanciers poursuivants complétement indemnes : aussi la condition imposée par le loi ne peut-elle en aucun cas être éludée. On a prétendu le contraire dans une espèce où, après un délaissement régulièrement fait au nom d'un mineur, le tuteur de celui-ci voulait reprendre l'immeuble (qui d'ailleurs avait été vendu, mais dont la vente avait été faite à l'*amiable* par le vendeur originaire et non selon les formes prescrites par l'art. 2173) sans payer le prix de vente et les frais et sans aucune offre de les payer. Mais la

---

(1) Voy. MM. Delvincourt (t. III, note 5 de la page 179); Troplong (n° 825); Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 511).

(2) Voy. MM. Troplong (*loc. cit.*); Mourlon (*loc. cit.*); Grenier (t. II, n° 336); Favart (v° Délaiss. par hyp., § 6); Rodière (*Rev. de législ.*, t. II, p. 69). — *Junge :* Colmar, 22 nov. 1831; Rennes, 9 déc. 1861; Req., 15 déc. 1862 (S.-V., 32, 2, 271; 62, 2, 220; 63, 1, 57; Dall., 33, 2, 35; 63, 1, 161; *J. Pal.*, 1862, p. 131; 1864, p. 469).

prétention a été écartée par la Cour de Rennes et, après elle, par la Cour de cassation : il a été justement décidé que le tiers détenteur ne peut jamais qu'user du droit qu'il a, jusqu'à une adjudication conforme à l'art. 2174, de reprendre possession de l'immeuble délaissé en *payant le montant de toutes les créances inscrites et les frais,* et qu'il en est ainsi alors même que le délaissement aurait été opéré au nom d'un mineur, les mineurs qui veulent revenir sur les effets d'un délaissement par hypothèque, d'ailleurs régulièrement opéré, étant soumis, comme les majeurs, à la condition prescrite par l'art. 2173 (1).

1195. Du reste, ces arrêts supposent que la faculté de reprendre, jusqu'à l'adjudication, l'immeuble délaissé n'est pas subordonnée à un payement préalable ou même immédiat de la dette hypothécaire et des frais. Il suffira, en effet, que le tiers détenteur offre le payement, sauf aux créanciers à poursuivre ultérieurement le tiers détenteur, devenu débiteur personnel par la reprise de l'immeuble, et à procéder contre lui par les voies ordinaires, s'il est en retard de payer (2).

1196. Notons, en terminant, que la conséquence déduite par la loi du principe que le délaissement n'enlève pas au tiers détenteur la propriété de l'immeuble délaissé doit être étendue au delà des termes dans lesquels elle est formulée. L'art. 2173 déduit en effet de ce principe que, jusqu'à l'adjudication, le tiers détenteur peut *spontanément* reprendre l'immeuble délaissé, sauf l'accomplissement de la condition déterminée. Mais il en faut induire également que le tiers détenteur pourrait être contraint à se remettre en possession de l'immeuble en exécution du contrat qui lui en a transmis la propriété si, avant l'adjudication et après le délaissement, il y avait, de la part des créanciers de son vendeur, désistement de toutes poursuites et radiation des inscriptions. En effet, le délaissement de l'immeuble, ainsi que l'a dit la Cour de Paris, n'entraîne pas la résolution du contrat en vertu duquel le tiers détenteur est devenu propriétaire; les engagements contractés par ce dernier continuent donc de subsister jusqu'à l'adjudication. La seule cause du délaissement est la nécessité, pour le tiers détenteur, de se soustraire à l'action hypothécaire; en sorte que si avant l'adjudication il y a désistement de toutes les poursuites et radiation des inscriptions grevant l'immeuble, le délaissement n'a plus de cause; il ne saurait plus dès lors produire aucun effet, et le contrat d'acquisition doit reprendre toute sa force, avec les clauses et conditions y stipulées (3).

(1) Voy. Rennes, 31 juill. 1854; Req., 2 avr. 1855 (*J. Pal.*, 1855, t. II, p. 360; S.-V., 55, 1, 372; Dall., 55, 1, 341).

(2) Voy. Bordeaux, 14 août 1828, et l'arrêt de rejet du 24 févr. 1830.

(3) Paris, 24 mars 1847 (*J. Pal.*, 1847, t. II, p. 237; Dall., 47, 2, 110; S.-V., 47, 2, 199). Voy. aussi Bourges, 2 avr. 1852; Riom, 8 déc. 1852 (*J. Pal.*, 1852, t. I, p. 593; 1853, t. II, p. 447; S.-V., 53, 2, 632; Dall., 54, 5, 420); et MM. Duranton (t. XX, n° 263); Troplong (n° 826); Martou (n° 1311); Aubry et Rau (t. II, p. 882; 4e édit., t. III, p. 449); Ballot (*Rev. de dr. franç.*, t. IV, p. 429). — Voy. cependant Riom, 17 avr. 1820 (Dall., *Rec. alph.*, t. IX, p. 348, aux notes, n° 3).

2175. — Les détériorations qui procèdent du fait ou de la négligence du tiers détenteur, au préjudice des créanciers hypothécaires ou privilégiés, donnent lieu contre lui à une action en indemnité; mais il ne peut répéter ses impenses et améliorations que jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration.

2176. — Les fruits de l'immeuble hypothéqué ne sont dus par le tiers détenteur qu'à compter du jour de la sommation de payer ou de délaisser, et, si les poursuites commencées ont été abandonnées pendant trois ans, à compter de la nouvelle sommation qui sera faite.

2177. — Les servitudes et droits réels que le tiers détenteur avait sur l'immeuble avant sa possession, renaissent après le délaissement ou après l'adjudication faite sur lui.

Ses créanciers personnels, après tous ceux qui sont inscrits sur les précédents propriétaires, exercent leur hypothèque à leur rang, sur le bien délaissé ou adjugé.

2178. — Le tiers détenteur qui a payé la dette hypothécaire, ou délaissé l'immeuble hypothéqué, ou subi l'expropriation de cet immeuble, a le recours en garantie, tel que de droit, contre le débiteur principal.

SOMMAIRE.

I. 1197. Le législateur pose ici des règles qui, à la différence de celles qu'établissent les trois articles dont le commentaire précède, sont faites en vue non-seulement du délaissement, mais encore des deux autres partis à prendre par le tiers détenteur, subir l'expropriation ou payer la totalité de la dette hypothécaire.

II. 1198. Les détériorations qui procèdent du fait ou de la négligence du tiers détenteur au préjudice des créanciers hypothécaires ou privilégiés donnent lieu contre lui à une action en nullité. La règle est commune au cas de délaissement et à celui d'expropriation. — 1199. Justification de la règle. — 1200. Le tiers acquéreur doit compte de toutes les dégradations survenues à l'immeuble depuis son entrée en possession, sans distinguer entre celles qui ont précédé et celles qui ont suivi la sommation de délaisser ou de payer. — 1201. Mais il n'est responsable qu'à raison des dégradations qui lui sont imputables.

III. 1202. C'est aux créanciers que l'action en indemnité est ouverte; — 1203. Et seulement aux créanciers qui ont un droit de privilége ou d'hypothèque sur l'immeuble : les autres créanciers ne peuvent intenter aucune action à cet égard, ni en leur nom personnel, ni même comme exerçant les droits de leur débiteur. — 1204. Le bénéfice de l'action n'appartient, d'ailleurs, qu'à celui des créanciers sur lequel les fonds ont manqué.

IV. 1205. D'une autre part, et réciproquement, le tiers détenteur peut répéter ses impenses et améliorations; — 1206. Mais seulement dans la mesure de la plus-value procurée à l'immeuble : conséquences et développements. — 1207. Si la dépense est moindre que la plus-value, le tiers détenteur ne peut répéter que le montant de la dépense. — 1208. Le droit accordé par la loi au tiers détenteur est un droit de distraction ou de prélèvement. Systèmes divers.

V. 1209. Le tiers détenteur qui délaisse l'immeuble hypothéqué ou qui en est exproprié doit compte des fruits; — 1210. Mais il ne doit compte que des fruits de toute nature qui ont été produits à partir de la sommation de payer ou délaisser, — 1211. Pourvu que l'action des créanciers, manifestée par la sommation, soit demeurée persistante; si les poursuites sont abandonnées pendant trois ans, les fruits ne sont dus qu'à partir de la sommation nouvelle qui sera faite. Tous les fruits perçus jusque-là sont acquis au tiers détenteur. Il s'agit là d'une sorte de péremption *qui a lieu de plein droit.* — 1212. L'art. 682 du Code

de prodédure civile, d'après lequel les fruits sont immobilisés à partir de la transcription de la saisie, pour être distribués entre les créanciers par ordre d'hypothèque, est ici sans application : controverse.

VI. 1213. Les servitudes anciennes et les droits réels, y compris les hypothèques, renaissent au profit du tiers détenteur évincé soit par le délaissement, soit par l'expropriation. Et d'une autre part, les créanciers personnels du tiers détenteur exercent leur hypothèque à leur rang sur le bien délaissé ou adjugé. — 1214. Antinomie des deux dispositions. — 1215. La première ne fait renaître les hypothèques qu'autant qu'elles sont conservées par des inscriptions nouvelles, et quant aux servitudes, la disposition doit être étendue à celles qui, avant la possession du tiers détenteur, étaient dues par ses autres biens à l'immeuble délaissé ou adjugé. — 1216. La seconde disposition est une conséquence du principe qui permet à tout propriétaire ayant capacité pour aliéner de constituer hypothèque sur la propriété. Mais les hypothèques acquises par les créanciers personnels du tiers détenteur ne prennent rang qu'après celles qui sont inscrites du chef des précédents propriétaires. — 1217. Inconvénients et dangers de la règle après la promulgation de l'art. 834 du Code de procédure; la publication de la loi du 23 mars 1855 a fait cesser ces inconvénients et ces dangers.

VII. 1218. Le tiers détenteur qui paye la totalité de la dette hypothécaire pour arrêter ou prévenir l'expropriation forcée, a le recours, *tel que le droit*, contre le débiteur principal. — 1218 *bis*. Application. — 1219. Quels sont l'étendue, la nature et les effets de ce recours? Renvoi.

I. — 1197. Le législateur vient de poser dans les trois articles dont le commentaire précède des règles propres au cas de délaissement, qui constitue, comme on l'a vu plus haut (n° 1128), l'un des trois aspects de la situation où se place le tiers détenteur lorsqu'il ne remplit pas les formalités de la purge. Dans les quatre articles que nous abordons maintenant, nous allons voir le législateur compléter tout ce qui a trait à cette même situation par d'autres règles plus générales et qui embrassent tantôt deux des aspects qu'elle peut présenter, tantôt même les trois aspects. Ces règles, au nombre de quatre, sont relatives 1° aux détériorations que l'immeuble a pu éprouver pendant qu'il était aux mains du tiers acquéreur et aux améliorations et impenses qui ont pu lui donner une plus-value; 2° aux fruits de l'immeuble hypothéqué et à leur répartition entre les créanciers; 3° aux servitudes et autres droits réels que le tiers détenteur avait sur l'immeuble avant sa possession et aux hypothèques qui ont pu être acquises par ses créanciers personnels; 4° enfin, au recours en garantie ouvert au tiers détenteur contre le débiteur principal. On peut dire en thèse générale que les trois premières règles sont communes au cas où le tiers détenteur délaisse et à celui où il est exproprié, et que la dernière s'applique non-seulement à ces deux cas, mais encore à celui où le tiers détenteur se détermine, pour arrêter ou prévenir l'expropriation forcée, à payer la totalité de la dette hypothécaire. Nous allons les reprendre successivement.

II. — 1198. La première règle, formulée dans l'art. 2175, est complexe : d'une part, elle a pour objet de fixer la mesure et les circonstances dans lesquelles le tiers détenteur répond des détériorations qu'il aurait commises ou laissé commettre pendant qu'il a conservé la possession de l'immeuble; d'une autre part, elle suppose que l'immeuble peut, à l'inverse, avoir été amélioré entre les mains du tiers détenteur, et elle donne la mesure dans laquelle, après délaissement ou expropriation, ce dernier répétera ses impenses et améliorations.

1199. Sur la première partie de la règle, un doute s'élève tout d'abord. On se demande s'il est équitable de soumettre le tiers détenteur à une action en indemnité à raison de détériorations faites à l'immeuble dans un temps où, pouvant se croire propriétaire, il devait penser qu'il avait le droit d'user de sa chose, d'en jouir et d'en disposer de la manière la plus absolue (C. civ., art. 544). Notre ancien droit se prononçait très nettement pour la négative quand il s'agissait de dégradations survenues à l'immeuble *avant la demande en déclaration d'hypothèque.* « Le tiers détenteur, dit Pothier, ne peut être condamné à autre chose qu'au délais de l'héritage, en l'état où il se trouve : il n'est point tenu des dégradations qu'*il y a faites avant la demande;* car il a pu négliger un héritage qui lui appartenait, et le dégrader. Cette décision a lieu quand même ce tiers détenteur aurait eu connaissance de l'hypothèque, et même dans le cas auquel il aurait été déjà assigné en interruption; car tant que l'on ne donne pas contre lui la demande hypothécaire, aux fins de délaisser l'héritage, il demeure maître de faire de son héritage ce que bon lui semble; et il peut penser que le créancier trouve son débiteur personnel suffisant. » (1) Loyseau avait exprimé la même doctrine en disant : « Le tiers détenteur a pu user et disposer à son plaisir et volonté de l'héritage qui étoit sien et qu'il avoit loyalement acquis sans sçavoir qu'un autre y prétendist droit : *Qui quasi rem suam neglexit, nulli querelæ subjectus est* (l. 31, § 3, ff. *De hered. pet.*). Ce que j'estime être vray, supposé même qu'il sçeust bien que l'héritage étoit hypothéqué... » (2)

Mais prenons garde que le régime hypothécaire repose aujourd'hui sur des bases essentiellement différentes de celles sur lesquelles il était assis dans l'ancienne jurisprudence. La clandestinité de l'ancien droit a fait place à ce système de la publicité que tous les efforts de la législation tendent incessamment à étendre; en sorte que l'on ne pourrait plus dire aujourd'hui, comme au temps de Loyseau ou au temps de Pothier, que le tiers détenteur a acquis *sans savoir qu'un autre prétendît droit à l'héritage.* Au contraire, le tiers détenteur a dû apprendre par l'inscription que l'immeuble était affecté des droits réels des créanciers dont il était le gage; dès lors, en acquérant, il s'est constitué sciemment et volontairement gardien de ce gage. Et si, dans cette situation, il détériore l'héritage ou le laisse détériorer, il est juste et conforme aux principes généraux du droit qu'il soit tenu des dégradations : c'est juste, car les créanciers ne peuvent être laissés à la discrétion du tiers détenteur, ni condamnés à subir sans recours les actes qui auraient diminué ou même anéanti leur gage; c'est conforme aux principes, car il y a là un fait dommageable, et, en principe, chacun doit la réparation du tort qu'il a causé par son fait ou par sa négligence (C. civ., art. 1382 et 1383). — La première disposition de l'art. 2175 est donc pleinement justifiée. Il faut voir maintenant dans quelle mesure et comment elle doit être appliquée.

(1) Voy. Pothier (chap. 2, art. 3).
(2) Voy. Loyseau (*Du Déguerpiss.*, liv. 5, chap. 14, nos 7 et suiv.).

1200. Et d'abord nous n'avons plus à nous préoccuper de la distinction de l'ancienne jurisprudence. Si elle ne voulait pas, comme on vient de le voir, que le tiers détenteur fût responsable des dégradations survenues à l'immeuble dont il était évincé, elle ne l'entendait ainsi que pour les dégradations antérieures à la demande en déclaration d'hypothèque. Quant à celles qui pouvaient survenir après cette demande, le tiers détenteur en devait compte; car, dit Loyseau, « depuis que le tiers détenteur a esté adjourné pour passer titre nouvel de la rente, ou que l'on a conclu contre lui en action hypothécaire à délaisser l'héritage ou à payer la rente, il ne peut plus toucher à l'héritage au préjudice du créancier, auquel il est plus particulièrement affecté au moyen de cette poursuite : il faut, après la condamnation, qu'il le délaisse tel qu'il étoit lors de la demande. » (1) La distinction ne peut plus être faite dans notre droit actuel. L'inscription tient lieu aujourd'hui, au point de vue qui nous occupe, de l'ancienne action en déclaration d'hypothèque : c'est par la publicité résultant de cette inscription ou même des formalités de la purge, que le tiers acquéreur a ou peut avoir connaissance, dès son entrée en possession, de l'existence des droits réels affectant l'immeuble; donc, s'il vient à être évincé ultérieurement, soit par l'effet du délaissement, soit par l'effet de l'expropriation, il doit compte des dégradations survenues à l'immeuble à un moment quelconque pendant qu'il en a eu la possession (2).

1201. Mais on faisait, dans l'ancien droit, une autre distinction que l'art. 2175 a, au contraire, virtuellement confirmée. On ne demandait compte au tiers détenteur des dégradations survenues à l'héritage depuis la demande en déclaration d'hypothèque qu'autant qu'elles lui étaient imputables; le tiers détenteur ne devait rien pour celles qui provenaient d'une cause naturelle ou d'un cas fortuit. Or l'art. 2175 dit, dans le même sens, que les détériorations qui donnent lieu à l'action en indemnité contre le tiers détenteur sont celles qui procèdent *de son fait ou de sa négligence*. Ainsi, la dépréciation de l'immeuble est provenue de démolitions faites en vue de travaux d'amélioration qui n'avaient pu

---

(1) Loyseau (*loc. cit.*). — *Junge* : Pothier (*Cout. d'Orléans*, t. XX, n° 48).

(2) Voy. MM. Grenier (t. I, n° 338); Delvincourt (t. III, note 10 de la page 180); Battur (t. III, n° 489); Troplong (n° 832); Martou (n° 1313). — Nous reconnaissons, d'ailleurs, que le droit à l'indemnité prenant naissance non plus après la sommation de délaisser ou de purger, mais au jour même des détériorations et à cause de ces détériorations, l'art. 2175 ne doit pas être pris dans un sens absolument restrictif. Sans doute, l'article, comme nous l'expliquons au texte, est écrit spécialement en vue du cas d'expropriation et de délaissement. Mais ce n'est pas à dire qu'il ne puisse ou ne doive pas recevoir application en dehors de toute poursuite en payement de la dette hypothécaire ou en délaissement de l'immeuble hypothéqué. Orléans, 24 mars 1856 (S.-V., 59, 2, 673; *J. Pal.*, 1859, p. 727). Ce point est nettement établi par M. Merville, qui montre que l'action appartient à tous les créanciers, même à ceux dont la créance serait conditionnelle, et que, sans attendre pour l'exercer l'événement ultérieur de la revente sur saisie ou sur délaissement, ils peuvent, dès que les détériorations sont commises, provoquer une estimation, et exiger que le tiers détenteur en consigne le montant, pour être plus tard distribué par ordre d'hypothèque, si le prix de vente de l'immeuble ne suffit pas à les désintéresser. Voy. *Revue prat.* (t. VIII, p. 161 et suiv.). *Junge* : MM. Aubry et Rau (t. II, p. 883 et 884; 4e édit., t. III, p. 451).

être entrepris encore au jour du délaissement ou de l'expropriation; ou bien elle provient de ce que le tiers acquéreur n'a pas fait des travaux de réparation ou d'entretien devenus nécessaires depuis son acquisition : l'action en indemnité est ouverte contre lui; et vainement il opposerait que, dans le premier cas du moins, aucune faute ne lui est imputable; car, dans les termes mêmes de l'art. 2175, si le tiers détenteur est tenu de *sa négligence*, il est également tenu de *son fait*, c'est-à-dire du fait simple et sans aucunn mélange de faute. Mais quelque considérable que soit la dépréciation, elle ne donnera lieu à aucune indemnité si elle a eu pour cause, soit un événement de force majeure ou un accident naturel, comme un incendie qui aurait détruit les constructions ou une inondation qui aurait dévasté les terres, soit même l'usage régulier que le tiers détenteur aurait fait de la chose de bonne foi et conformément à sa destination.

III. — 1202. L'action en indemnité dont parle l'art. 2175 est ouverte aux créanciers : cela résulte de la nature même des choses. Lorsque la loi a voulu régler les rapports de l'acquéreur évincé avec son vendeur, elle n'a eu garde de mettre une indemnité à la charge du premier pour raison de dégradations survenues à l'immeuble, même pour les dégradations procédant de sa négligence (C. civ., art. 1631). C'est qu'en effet le vendeur doit garantir de l'éviction, et, vis-à-vis de lui, c'est bien à juste titre que l'acquéreur peut se retrancher derrière le principe du droit romain : *Qui quasi rem suam neglexit, nulli querelæ subjectus est.* Si donc la loi parle ici d'une action en indemnité, c'est évidemment qu'elle règle les rapports de l'acquéreur évincé avec les créanciers au préjudice desquels l'immeuble a été détérioré. C'est donc aux créanciers que l'action en indemnité est ouverte.

1203. Mais à quels créanciers? A ceux qui ont un droit d'hypothèque ou de privilége à exercer sur l'immeuble dont la valeur s'est amoindrie entre les mains du tiers détenteur. Quant aux créanciers qui n'ont pas de titre hypothécaire ou dont le titre n'a pas été vivifié par l'inscription, ils n'ont pas sur l'immeuble le droit réel qui en aurait fait leur gage spécial; et comme, par cela même, ils ne peuvent pas dire que l'immeuble a éte détérioré *à leur préjudice*, ils ne sont pas dans la condition de ceux auxquels l'action en indemnité est ouverte. A ce point de vue, on ne peut qu'approuver un arrêt de la Cour de Toulouse duquel il résulte que les créanciers chirographaires du vendeur, et ses créanciers hypothécaires non inscrits, n'ont pas l'action en indemnité contre le tiers détenteur pour détérioration sur l'immeuble délaissé (1). Toutefois la Cour a jugé, en outre, que si ces créanciers n'ont pas *personnellement* qualité pour former cette action, ils peuvent au moins l'intenter comme exerçant les droits de leur débiteur par application de l'article 1166. Mais en cela elle semble s'être méprise; car, sur le point en litige, les droits du débiteur (c'est-à-dire du vendeur) étaient absolument négatifs en présence de l'art. 1631 du Code civil, d'après lequel

(1) Voy. Toulouse, 30 mai 1833 (S.-V., 34, 2, 528; Dall., 34, 2, 5).

le vendeur est tenu de restituer *la totalité du prix,* bien qu'à l'époque de l'éviction la chose vendue *se trouve diminuée de valeur, ou considérablement détériorée, même par la négligence de l'acquéreur.* Quoi qu'il en soit, c'est aux créanciers inscrits ou à ceux dont le privilége ou l'hypothèque est dispensée d'inscription qu'il appartient de réclamer l'indemnité dont parle l'art. 2175.

1204. Et puis, comme cette indemnité représente la différence qui existe en moins entre la valeur de l'immeuble non détérioré et le prix obtenu sur l'adjudication faite après la détérioration, le bénéfice de l'action appartient seulement à celui des créanciers sur lequel les fonds ont manqué. Par exemple, nous supposons un immeuble affecté au profit de Pierre pour sûreté d'une somme de 10 000 francs, au profit de Paul pour 10 000 francs encore, et au profit de Jacques pour 5 000 francs : au moment où il a été acquis par Joseph, cet immeuble valait 20 000 fr. ; mais par suite de détériorations imputables à ce dernier, l'immeuble ne vaut plus que 15000 francs et il est adjugé pour cette somme : dans cette hypothèse, l'action en indemnité ne profitera qu'à Paul. Pierre, qui obtient le montant de sa créance sur le prix de l'immeuble détérioré, n'a pas intérêt à réclamer; et quant à Jacques, qui n'aurait eu rien même si l'immeuble eût conservé sa valeur primitive, il n'a rien à prétendre sur une indemnité qui représente la portion dans la mesure de laquelle cet immeuble s'est trouvé détérioré. Ainsi Paul, dans l'espèce, souffre seul d'une dépréciation sans laquelle l'immeuble aurait été vendu à un prix suffisant pour le couvrir, aussi bien que le premier créancier inscrit, de la totalité de sa créance; l'indemnité doit donc lui être attribuée en totalité. En ce sens, il est vrai de dire avec les auteurs que l'indemnité *appartient aux créanciers privilégiés et hypothécaires suivant l'ordre de leurs inscriptions* (1).

IV. 1205. Passons maintenant à la seconde partie de notre règle. Le législateur s'occupe ici des améliorations faites par le tiers détenteur à l'immeuble dont il est évincé. Dans les termes de l'art. 2133, ces améliorations, quoiqu'elles procèdent d'un tiers possesseur, accroissent à l'hypothèque acquise comme si elles étaient le fait du débiteur lui-même (*suprà*, n° 409). Mais, par un sentiment d'équité, le législateur, qui ne veut pas que le tiers détenteur puisse nuire aux créanciers en dépréciant leur gage pendant qu'il le détient, n'entend pas, d'un autre côté, que les créanciers profitent gratuitement des améliorations qu'il a pu faire à l'immeuble hypothéqué. En conséquence, après avoir posé le principe de l'indemnité à raison des détériorations, il réserve au tiers détenteur, par une juste réciprocité, la répétition de ses impenses et améliorations. Mais dans quelle mesure ce droit est-il réservé, et quelle en est la nature? Ce sont les deux points à préciser.

---

(1) Voy. MM. Troplong (nos 831 et suiv.); Mourlon (*Répét. écrit.*, t. III, p. 521); Martou (n° 1316). Bien entendu, il ne s'agit ici que de l'*indemnité*, c'est-à-dire du *bénéfice* de l'action. Quant à l'action elle-même, elle appartient indistinctement à tous les créanciers ayant un droit d'hypothèque ou de privilége dans les termes précisés au numéro précédent. Voy. M. Merville (*Rev. prat.*, t. VIII, p. 169).

1206. Le principe qu'il y avait à mettre en œuvre, et auquel il convenait de donner satisfaction, est celui qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui. La question était donc, non pas de rendre au tiers détenteur tout ce qu'il a pu dépenser pour améliorer l'immeuble dont il est évincé, mais de ne pas permettre aux créanciers de faire un bénéfice avec son argent. Aussi, dans les termes de l'art. 2175, les impenses ne peuvent être répétées *que jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration*. En effet, quelle que soit la somme dépensée par le tiers détenteur, les créanciers ne s'enrichissent, en réalité, que de la plus-value; il suffit donc de faire abandonner la plus-value (1), soit au tiers détenteur lui-même, soit aux ouvriers qui l'auraient produite s'ils y avaient un privilége dûment conservé (2).

La règle, d'ailleurs, est générale; et, à notre avis, elle ne comporte pas la distinction entre les dépenses *nécessaires, utiles* ou *voluptuaires,* dont la jurisprudence et quelques auteurs se sont autorisés pour dire que les dépenses *nécessaires* peuvent être répétées en totalité (3). L'article 2175 est tout à fait étranger à cette distinction; il parle d'une manière générale des impenses et des réparations, et, sans s'occuper en aucune manière de savoir si elles sont nécessaires ou simplement utiles, il les soumet toutes à cette règle que la répétition est réduite au montant de la plus-value (4). En toute hypothèse donc, et quelles qu'aient été les dépenses, la plus-value seulement pourra être répétée.

Mais comment cette plus-value sera-t-elle dégagée? La valeur de l'immeuble délaissé sera déterminée d'après le prix auquel il se serait élevé s'il eût été vendu dans son état primitif, et l'excédant de valeur qu'il se trouvera avoir acquis au moment de l'adjudication constituera la plus-value à répéter par le tiers détenteur évincé (5).

1207. Notons, au surplus, que, d'après la formule même de l'article 2175, la plus-value donnée à l'immeuble constitue le maximum des répétitions à exercer par le tiers détenteur : la loi dit, en effet, que les impenses et améliorations *ne pourront* être répétées *que* jusqu'à concurrence de la plus-value. Il résulte de là que si la répétition ne peut en aucun cas excéder le montant de la plus-value, cela ne veut pas dire qu'elle ne puisse pas quelquefois et même qu'elle ne doive pas être réduite à une somme moindre : il en sera ainsi, au contraire, toutes les fois que le montant de la plus-value sera supérieur au chiffre de la dépense. Ainsi, quand la plus-value est de 10 000 francs, par

---

(1) Voy. Douai, 29 août 1842 (S.-V., 43, 2, 416).

(2) Voy. Paris, 4 mars 1858 (*J. Pal.*, 1858, p. 750). Voy. aussi Req., 14 avr. 1852 (*J. Pal.*, 1852, t. II, p. 31; S.-V., 52, 1, 441; Dall., 52, 1, 164).

(3) Voy. Req., 11 nov. 1824. — Voy. aussi MM. Delvincourt (t. III, note 11 de la page 180); Dalloz (*Rép.*, v° Priv. et Hyp., p. 353, n° 5).

(4) Voy., en ce sens, MM. Grenier (t. II, n° 411); Battur (t. III, n° 490); Zachariæ (t. II, p. 210, note 27); Troplong (n° 838 *bis*); Martou (n° 1320).

(5) Rej., 28 nov. 1838 (*J. Pal.*, 1838, t. II, p. 655; Dall., 39, 1, 130; S.-V., 38, 1, 951). Voy. cependant un arrêt de la Cour de Pau, du 24 févr. 1817, duquel il résulte que la plus-value serait la différence existant entre le prix porté au contrat du tiers acquéreur et le prix produit par la revente sur expropriation. L'arrêt est rapporté par les Recueils avec l'arrêt de rejet du 29 juill. 1819. Voy. aussi Req., 24 nov. 1868 (S.-V., 69, 1, 177; *J. Pal.*, 1869, p. 423).

exemple, il se trouve que la dépense n'a été que de 5 000 : cette dernière somme pourra seule être répétée (1). Et en ceci la raison d'équité est encore satisfaite, puisque d'une part le tiers détenteur reçoit réellement ce qu'il a déboursé, et que d'une autre part, si les créanciers font un bénéfice, ce n'est pas du moins aux dépens et avec l'argent de ce dernier.

1208. Maintenant, quelle est la nature du droit réservé au tiers détenteur? Les opinions sont fort divergentes sur ce point. Selon quelques auteurs, il s'agirait ici d'un droit de rétention qui permettrait au tiers détenteur de conserver l'immeuble jusqu'à ce qu'il fût payé soit de la plus-value, soit de ses dépenses (2). D'autres disent que le tiers détenteur n'a pas ce droit de rétention que la loi ne consacre pas et qui, dans le cas particulier, paralyserait l'action hypothécaire au préjudice de tous, même à son préjudice; mais qu'il a un privilége analogue à celui du créancier qui a fait des frais pour la conservation de la chose, ou à celui des architectes ou entrepreneurs (3). D'autres, enfin, écartant le privilége aussi bien que le droit de rétention en ce que, en principe, les droits de privilége ni de rétention ne sauraient être établis par analogie, enseignent, soit que le tiers détenteur a un simple droit de créance (4), soit qu'il a une sorte d'action *de in rem verso* qu'il peut exercer dans l'ordre par voie de distraction de la partie du prix correspondante à la plus-value ou au montant de ses dépenses (5). Mais cette dernière solution prévaut en doctrine et en jurisprudence; et il s'y faut arrêter, car, sans ajouter aux droits créés par la loi, elle rentre parfaitement dans la vérité des choses. En définitive, la plus-value ou le montant des dépenses n'est pas le gage des créanciers; celui d'entre eux qui trouverait la somme dans sa collocation serait donc tenu de la rendre : dès lors c'est aller au plus court et simplifier la situation qu'autoriser le tiers detenteur, à qui elle revient, à la prendre par voie de prélèvement ou de distraction.

V. — 1209. Après la règle dont nous venons de parler, la loi en pose une seconde qui a pour objet les fruits de l'immeuble hypothéqué.

Le tiers détenteur, soit qu'il délaisse, soit qu'il subisse l'expropria-

---

(1) Voy. Grenoble, 31 déc. 1841 (*J. Pal.*, 1842, t. II, p. 543; S.-V., 42, 2, 256; Dall., 42, 2, 186). Voy. aussi MM. Persil (art. 2175); Troplong (n° 838); Martou (n° 1321). — Voy. cependant Toulouse, 7 mars 1848 (*J. Pal.*, 1848, t. I, p. 670; S.-V., 48, 2, 619; Dall., 48, 2, 69).

(2) Voy. MM. Tarrible (*Rép.*, v° Priv., sect. 4, n° 5); Battur (t. III, n°s 491 et suiv.). On trouve un argument en ce sens dans deux arrêts, l'un de la Cour de Pau du 9 août 1837, l'autre de la Cour de Douai du 18 mars 1840 (*J. Pal.*, 1838, t. II, p. 303; 1840, t. I, p. 620); S.-V., 38, 2, 350; 40, 2, 289; Dall., 38, 2, 183).

(3) Voy. MM. Persil (art. 2175, n° 6); Grenier (t. II, n° 336); Troplong (t. III, n° 836); Coulon (*Quest. de droit*, t. II, p. 159).

(4) Voy. M. Mourlon (*Exam. crit. du Comment. de M. Troplong*, p. 751 et suiv.).

(5) Voy. Turin, 1er juin 1810; Bastia, 2 févr. 1846; Bourges, 8 févr. 1851 (S.-V., 48, 2, 10; Dall., 46, 2, 109; *J. Pal.*, 1846, t. II, p. 391; 1851, t. I, p. 471). Voy. aussi MM. Duranton (t. XX, n° 272); Zachariæ (t. II, p. 210, note 27); Taulier (t. VII, p. 387); Dalloz (v° Priv. et Hyp., p. 352, n°s 2 et suiv.); Martou (n° 1322); F. Berriat Saint-Prix (*Not. théor.*, n° 8841). C'est aussi l'opinion qui avait été émise d'abord par M. Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 521, 522); mais il l'a modifiée plus tard, comme on le voit par la note précédente.

tion (car cette règle, comme le précédente, est commune aux deux hypothèses), doit compte des fruits (art. 2176) comme il doit compte des dégradations. Il y a pourtant, sous le rapport de l'obligation dont le débiteur est tenu à cet égard, une différence notable entre les dégradations et les fruits. La diminution de valeur qu'éprouve l'immeuble par l'effet des détériorations imputables au tiers détenteur donne lieu à une action en indemnité au profit des créanciers hypothécaires ou privilégiés, quelle que soit la date à laquelle remontent les dégradations, fût-ce même au jour de l'entrée en possession du tiers acquéreur (*suprà,* n° 1200). C'est qu'en effet le tiers acquéreur a été averti ou a pu être averti, dès son entrée en possession, de l'existence des priviléges et hypothèques, et que l'inscription d'où il a pu tirer cet avertissement lui a imposé par là même l'obligation de veiller, dans l'intérêt des créanciers, à la conservation du gage dont il se constituait volontairement le gardien.

Mais l'existence des hypothèques et des priviléges ne fait pas, en définitive, que le tiers acquéreur, quoiqu'il détienne le gage des créanciers, n'en soit pas propriétaire, et que, dès lors, il n'ait pas le droit de jouir de la chose et d'en faire un usage conforme à sa destination; qu'ainsi il ne puisse pas, si c'est une maison, la donner à bail et en recevoir les loyers pour lui, et si c'est un immeuble rural, l'exploiter et en faire les fruits siens. L'hypothèque et le privilége, en effet, ne démembrent pas la propriété, au moins au point de vue de la jouissance (*suprà,* n°s 362 et suiv.), et, tant qu'ils restent inactifs, tant que rien n'indique au tiers détenteur que les créanciers veulent exercer leur droit, il peut croire que le débiteur personnel s'aquittera de sa dette, et il doit être traité au moins à l'égal du possesseur de bonne foi qui fait les fruits siens tant que les vices de son titre ne lui sont pas connus (C. civ., art. 549, 550).

Il n'était donc pas possible de demander au tiers détenteur compte des fruits avec la même rigueur que des détériorations survenues à l'immeuble. Aussi l'art. 2176 dit-il que les fruits de l'immeuble hypothéqué ne sont dus par le tiers détenteur qu'*à compter du jour de la sommation de payer ou de délaisser,* et que si les poursuites commencées ont été abandonnées *pendant trois ans,* les fruits ne sont dus qu'*à compter de la nouvelle sommation qui sera faite.*

1210. Ainsi les fruits de toute nature produits par l'immeuble, depuis l'entrée en possession du tiers acquéreur jusqu'au jour de la sommation de payer ou délaisser qui doit lui être faite aux termes de l'art. 2169 (*suprà,* n°s 1149 et suiv.), appartiennent au tiers détenteur qui les a perçus pour lui, et auquel, par conséquent, les créanciers hypothécaires ou privilégiés n'en peuvent demander aucun compte (1). Au contraire, à partir de la sommation et à l'instant même, l'hypo-

---

(1) On décide de même que l'acquéreur évincé par suite d'une surenchère ne doit pas compte à l'adjudicataire des fruits qu'il a perçus jusqu'au jour de l'adjudication; il n'est tenu que des intérêts de son prix. Bordeaux, 13 mars 1863, et Rej., 19 avr. 1865 (S.V., 63, 2, 151; 65, 1, 280; Dall., 63, 2, 106; 65, 1, 208; *J. Pal.*, 1864, p. 71; 1865,

thèque et le privilége frappent les fruits non perçus aussi bien que l'immeuble ; le tiers détenteur en devient débiteur ; c'est même une dette personnelle, si bien que le tiers détenteur ne pourrait pas s'en dégager en cédant ses droits sur le fermier auquel il aurait loué l'immeuble hypothéqué (1).

1211. Mais il faut pour cela que l'action des créanciers hypothécaires ou privilégiés demeure persistante. Si, après avoir entrepris les poursuites, les créanciers venaient à les abandonner, la sommation serait comme non avenue ; le tiers détenteur continuerait à percevoir les fruits pour lui tant qu'une nouvelle sommation ne serait pas venue le frapper.

Seulement, l'inaction des créanciers doit s'être prolongée pendant trois années pour que la sommation cesse d'avoir son effet. Elle demeure efficace durant trois ans, en ce sens que si avant ce terme les poursuites sont continuées, le tiers détenteur doit tous les fruits perçus depuis la mise en demeure. Mais elle perd toute son efficacité dès que la troisième année s'est écoulée sans continuation de poursuites, et, quoi qu'il arrive, le tiers détenteur garde pour lui les fruits perçus depuis qu'elle a été donnée, comme ceux qu'il avait perçus auparavant. C'est seulement par une sommation nouvelle que les créanciers pourront s'assurer les fruits *à percevoir ultérieurement*.

La loi, en fixant le délai de trois ans, a fait ici une application de l'ancienne péremption d'instance par suspension de poursuites, introduite par l'usage de France, consacrée par l'ordonnance de Roussillon du mois de janvier 1563, admise dans la plupart des Parlements, réglementée à Paris par un arrêt du Parlement, en date du 28 mars 1692, qui n'en exceptait les saisies réelles que lorsqu'il y avait établissement de commissoires et baux faits en conséquence. Sous cette législation, et si l'on ne consulte que les ordonnances, la péremption était de plein droit et pouvait être proposée comme exception ; aussi le règlement de 1682 n'établissait-il de fin de non-recevoir que contre le défendeur qui reprenait l'instance. Mais la jurisprudence postérieure est allée plus loin : d'après un arrêt rendu en la Grand'Chambre, le 12 août 1737, la péremption, tant qu'elle n'avait pas été demandée, pouvait être couverte par un acte de pousuite émané du demandeur même. Ainsi a disposé depuis l'art. 399 du Code de procédure, publié après le Code civil.

Quoi qu'il en soit, il est certain que l'art. 2176 du Code civil est écrit dans le sens d'une déchéance absolue contre les créanciers, puisqu'il les contraint à faire, après trois ans, une nouvelle sommation pour déposséder du jour de sa date le tiers détenteur des fruits à naître.

Donc, l'espèce de péremption dont il s'agit ici diffère de la péremp-

---

p. 661). Mais voy., sur ce point, le commentaire de l'art. 2181, *infrà*, nos 1395 et suiv. — Si les fruits n'ont pas été immobilisés par l'effet d'une saisie ou autrement, ils ne sauraient être distribués dans l'ordre comme accessoire du prix. Lyon, 27 déc. 1858 (*J. Pal.*, 1860, p. 305 ; S.-V., 59, 2, 441).

(1) Agen, 29 juin 1849 (*J. Pal.*, 1850, t. II, p. 25, 26 ; Dall., 49, 2, 245).

tion des instances ordinaires en ce qu'elle a lieu de *plein droit,* tandis que la péremption des instances ordinaires doit être demandée (C. proc., art. 399) (1).

1212. Les fruits restitués par le tiers détenteur évincé sont dévolus aux créanciers hypothécaires dans l'ordre de leur inscription. On appliquera ici ce que nous disons au n° 1204 touchant la distribution entre les créanciers de l'indemnité payée par le tiers détenteur à raison des détériorations survenues à l'immeuble hypothéqué.

Mais notons que la dévolution est faite dans l'ordre des inscriptions pour tous les fruits dont le tiers détenteur doit compte, c'est-à-dire pour tous les fruits perçus depuis la sommation non périmée, et ce sans aucune réserve. M. Tarrible, argumentant de l'art. 682 du Code de procédure (ancien art. 689), d'après lequel les fruits ne sont immobilisés pour être distribués avec le prix de l'immeuble, par ordre d'hypothèque, que par la transcription de la saisie (autrefois par la dénonciation au saisi), enseigne cependant que tous les fruits perçus par le tiers détenteur dans l'intervalle écoulé entre le jour de la sommation à lui faite de délaisser ou de payer et celui de la transcription *sont meubles et doivent être distribués par contribution au marc le franc entre tous les créanciers tant chirographaires qu'hypothécaires et privilégiés* (2). Mais cette doctrine, généralement repoussée (3), ne saurait, en effet, être admise. L'art. 2176, qui règle une situation particulière et différente de celle en vue de laquelle a statué l'art. 682 du Code de procédure, se suffit à lui-même. Il s'agit là d'une expropriation dirigée soit contre le tiers détenteur lui-même s'il n'a pas délaissé, soit, en cas de délaissement, contre le curateur donné à l'immeuble. Et il résulte de cet article que, dans cette situation, les créanciers inscrits *peuvent exercer leur droit de suite* sur tous les fruits que l'immeuble a produits *depuis le jour de la sommation non périmée.* Il en résulte par cela même que l'immobilisation remonte à la date de la sommation, puisque en principe les immeubles seuls et les meubles immobilisés peuvent être suivis par hypothèque (art. 2119; *suprà,* n°s 414 et suiv.). Maintenant, que dans la position toute différente où l'expropriation est poursuivie *contre le débiteur lui-même resté en possession,* l'art. 682 du Code de procédure ait voulu que l'immobilisation des fruits ne datât que de la transcription de la saisie, cela n'est d'aucune considération pour notre cas particulier, qui reste toujours régi par l'art. 2176, et auquel l'article précité du Code de procédure est absolument étranger. Maintenons donc que les créanciers inscrits PEUVENT SEULS PRÉTENDRE, dans l'ordre de leur inscription, *à tous les fruits produits depuis la sommation* par l'immeuble délaissé ou adjugé, et que les autres créan-

---

(1) Voy. MM. Persil (art. 2176, n° 2); Zachariæ (t. II, p. 211); Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 522); Martou (n° 1325).
(2) Voy. M. Tarrible (*Rép.*, v° Tiers détenteur, n° 13).
(3) Voy. MM. Delvincourt (t. III, note 2 de la page 180); Dalloz (v° Priv. et Hyp., p. 354, n° 10); Taulier (t. VII, p. 388); Troplong (n° 840 *bis*); Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 522); Martou (n° 1326); F. Berriat Saint-Prix (*Not. théor.*, n° 8847).

ciers, sauf ceux dont l'hypothèque ou le privilége est dispensé d'inscription, n'ont aucun droit même à ceux de ces fruits qui auraient été produits dans l'intervalle écoulé entre le jour de la sommation et celui de la transcription de la saisie.

VI. — 1213. L'art. 2177 établit une troisième règle, commune, comme les deux précédentes, au cas où le tiers détenteur délaisse, et à celui où, à défaut de délaissement, l'expropriation et l'adjudication ont lieu sur lui. Cette règle est relative aux servitudes et autres droits réels, tels qu'usufruit, hypothèque, etc., que le tiers détenteur avait sur l'immeuble avant le jour où il en a eu la propriété, et aux hypothèques que ces créanciers personnels y ont pu acquérir pendant qu'il en a gardé la possession. D'après l'art. 2177, les servitudes et droits réels que le tiers détenteur avait sur l'immeuble avant sa possession renaissent après le délaissement ou après l'adjudication faite sur lui. Mais, d'une autre part, ses créanciers personnels, après tous ceux qui sont inscrits sur les précédents propriétaires, exercent leur hypothèque à leur rang sur le bien délaissé ou adjugé.

1214. Il serait difficile de ramener ces deux dispositions à un principe commun; disons même qu'au point de vue des principes elles sont réellement contradictoires. En effet, la première suppose nécessairement que, par l'effet du délaissement et de l'adjudication, l'acquisition du tiers détenteur est résolue rétroactivement et annihilée comme si elle n'avait jamais eu d'existence : comment expliquer sans cela le rétablissement des servitudes et des droits réels après l'adjudication? Si l'acquisition subsistait en une manière quelconque, si elle n'était pas rétroactivement résolue, avec elle subsisterait la confusion qui avait éteint les servitudes et les autres droits réels, et qui, partant, les empêcherait de renaître. Or la seconde disposition suppose, au contraire, que le tiers détenteur est dessaisi seulement par l'adjudication ou le délaissement, dessaisi sans effet rétroactif, et que c'est son droit précisément qui, par l'adjudication, est transmis à l'adjudicataire : comment comprendre sans cela que les hypothèques acquises contre le tiers détenteur puissent avoir un effet quelconque, après l'adjudication, sur l'immeuble adjugé? Si l'acquisition était rétroactivement résolue, les hypothèques seraient éteintes et absolument effacées par cela même, conformément à la règle *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. (Voy. notre commentaire de l'art. 2125, *suprà*, n°s 644 et suiv.).

Quoi qu'il en soit de cette antinomie, il faut dire que dans la pensée même de la loi et selon l'économie de toutes ses dispositions, le tiers détenteur qui délaisse l'immeuble hypothéqué, ou qui, à défaut de délaissement, subit l'action hypothécaire des créanciers inscrits, reste propriétaire jusqu'à l'adjudication, qui ainsi le dépossède sans aucun effet rétroactif. Et c'est par un sentiment d'équité que la loi fait renaître les servitudes et les autres droits réels au profit de cet ancien propriétaire, qui, étant dépossédé malgré lui, n'en peut pas stipuler le rétablissement. En cela, d'ailleurs, la loi ne fait aucun tort aux créanciers

de qui l'éviction émane, puisqu'ils retrouvent l'immeuble avec les charges mêmes dont il était affecté au moment où leurs propres droits réels s'y sont imprimés.

Ceci dit, venons au commentaire.

1215. La première disposition de l'art. 2177 fait revivre, au profit du tiers détenteur évincé, les servitudes et droits réels qu'il avait sur l'immeuble avant sa possession. Mais, remarquons-le, d'une part, quant à l'hypothèque, le droit réel ne peut être exercé par le tiers détenteur évincé qu'autant qu'il a été conservé par des inscriptions renouvelées dans les termes de l'art. 2154 (voy. *suprà,* nos 1054 et 1062). D'une autre part, quant aux servitudes, la loi, bien qu'elle parle simplement de celles qui *grèvent* l'immeuble avant la possession du tiers détenteur évincé, doit, par une juste réciprocité, être étendue au cas inverse; et, dès lors, si, avant la possession du tiers détenteur, des servitudes étaient dues par ses autres biens à l'immeuble par lui délaissé, ces servitudes renaîtraient, après le délaissement, au profit de l'adjudicataire (1).

1216. La deuxième disposition est une conséquence du principe d'après lequel le droit de constituer hypothèque est acquis à tout propriétaire ayant capacité d'aliéner. Devenu propriétaire par l'effet de son acquisition, le tiers détenteur a bien pu hypothéquer au profit de ses créanciers personnels l'immeuble par lui acquis, bien que cet immeuble fût hypothéqué déjà du chef de son vendeur ou des précédents propriétaires. Et dès qu'il a pu l'hypothéquer, ses créanciers hypothécaires ont un droit réel sur l'immeuble, nonobstant l'éviction résultant de l'exercice du droit de suite par les créanciers inscrits du chef des précédents propriétaires. C'est cette conséquence que l'art. 2177 consacre.

Mais comment et à quel rang ce droit réel sera-t-il exercé? La loi s'explique encore là-dessus, et, avec raison, elle donne la préférence aux créanciers inscrits du chef des précédents propriétaires. En effet, le tiers détenteur est soumis à l'action hypothécaire des créanciers dont il détient le gage. Si, faute par le débiteur principal de s'acquitter, le gage vient à être réalisé, il n'a dans le prix que la partie qui reste libre après que les créanciers inscrits du chef du précédent propriétaire sont complétement désintéressés (voy. *suprà,* n° 1193) : ses créanciers personnels qui acquièrent hypothèque sur l'immeuble ne peuvent donc prétendre à rien de plus. L'art. 2177, partant de cette donnée, dit en conséquence que les créanciers personnels du tiers détenteur exercent leur hypothèque à leur rang sur le bien délaissé ou adjugé; mais seulement *après tous ceux qui sont inscrits sur les précédents propriétaires.*

1217. Telle est la règle; et tant que l'on est resté en présence du Code civil, sous l'empire duquel il était admis que la vente suffisait à elle seule pour arrêter le cours des inscriptions (voy. *suprà,* n° 310),

---

(1) Voy. MM. Troplong (n° 843 *bis*); Martou (n° 1328); F. Berriat Saint-Prix (*Not. théor.,* n° 8851).

la règle n'a pu présenter aucune difficulté dans l'application. Mais après la promulgation du Code de procédure, dont l'art. 834 permettait de prendre inscription jusqu'à la transcription, et même quinze jours après, des doutes fort graves ont surgi. Dans ce nouvel ordre de choses, il pouvait se faire que des créanciers des précédents propriétaires, en s'inscrivant dans le délai fixé par la loi, c'est-à-dire dans la quinzaine à partir de la transcription, se trouvassent inscrits après un créancier personnel du tiers détenteur. A qui fallait-il accorder la préférence dans ce cas? La question était controversée. D'une part, en se rattachant au principe de l'art. 2134, d'après lequel l'hypothèque, *entre créanciers,* n'a de rang que du jour de l'inscription, on donnait la préférence au créancier personnel du détenteur (1). Mais, d'une autre part, on disait, et non sans quelque raison, que l'immeuble n'était entré dans le patrimoine du tiers détenteur que grevé des hypothèques établies du chef de son auteur et des précédents propriétaires, sauf l'inscription à prendre dans les termes de l'art. 834 du Code de procédure, et que les créanciers du tiers détenteur ne pouvant avoir plus de droits que lui, il devait céder le pas aux créanciers des précédents propriétaires en tant que ces derniers avaient pris inscription dans le délai imparti par l'art. 834 du Code de procédure (2). Aujourd'hui, après la loi du 23 mars 1855, qui, en déclarant ce dernier article abrogé, fait de la transcription l'acte qui arrête le cours des inscriptions, la question disparaît et s'efface, et l'application de l'art. 2177 se fait sans embarras, comme au temps de sa publication. Le créancier du précédent propriétaire, non inscrit lors de la transcription du contrat qui a transmis la propriété au tiers détenteur, ne peut plus prendre inscription. Son hypothèque est éteinte, et, comme il devient chirographaire, il ne peut pas entrer en lutte avec les créanciers *inscrits* du détenteur.

VII. — 1218. Enfin, l'art. 2178 complète la série des articles relatifs au *droit de suite* par une disposition plus générale encore que les précédentes, en ce qu'elle embrasse les situations diverses dans lesquelles a pu se placer le tiers détenteur qui, n'ayant pas rempli les formalités de la purge, a subi l'action hypothécaire des créanciers dont le gage était passé en tout ou en partie entre ses mains. D'après cet article, le tiers détenteur qui *a payé la dette hypothécaire,* ou *délaissé l'immeuble hypothéqué,* ou *subi l'expropriation de cet immeuble,* a le recours en garantie, *tel que de droit,* contre le débiteur principal. Ainsi, la loi se préoccupe des trois partis que peut prendre le détenteur contre lequel le droit de suite est exercé; et, dans tous les cas, elle consacre en sa faveur le droit de recourir contre le débiteur principal. C'est la simple application des principes généraux du droit. Lorsque l'affaire d'autrui a été bien et utilement administrée, il est de principe que le maître indemnise le gérant et lui rembourse les dépenses utiles

(1) Voy. MM. Tarrible (v° Ordre, § 2, n° 3); Troplong (n° 843).
(2) Voy. MM. Persil (art. 2177, n° 2); Dalloz (v° Priv. et Hyp., p. 343, n° 12); F. Berriat Saint-Prix (*loc. cit.*).

ou nécessaires qu'il a faites (C. civ., art. 1375); et quand un acquéreur est évincé, il doit, au moins dans le cas où il est acquéreur à titre onéreux, être garanti par son auteur (art. 1626, 1705, etc.). L'article 2178 s'inspire de ces principes : et quand il dit que le tiers détenteur, dans le cas donné, a, contre le débiteur principal, son recours *tel que de droit,* il indique par là que si le tiers détenteur a payé la dette hypothécaire, il a son droit de répétition, et que s'il a délaissé ou subi l'expropriation, il a le recours qui naît de l'éviction.

1218 *bis*. La Cour de Paris a fait récemment une application remarquable de ces principes. Dans l'espèce, G..., acquéreur d'un domaine moyennant 1 150 000 francs, s'était obligé à payer son prix, soit à S... vendeur, soit aux créanciers inscrits. A la transcription du contrat s'étaient révélées quatre inscriptions prises par le Crédit foncier de France contre S... pour sûreté d'une somme de 600 000 francs. L'acquéreur, sans procéder à la purge des hypothèques inscrites, sans faire des notifications aux créanciers, et avant l'expiration du délai de surenchère, a fait, en sa qualité de tiers détenteur, la remise, au Crédit foncier, d'un certain nombre d'obligations foncières que cet Etablissement a acceptées au pair en payement de la somme de 600 000 francs. En cet état, G... a demandé à son vendeur de lui donner quittance, sur le prix d'achat, de cette somme dont celui-ci avait été libéré, de lui rapporter mainlevée définitive des quatre inscriptions requises par le Crédit foncier, et de lui donner en même temps mainlevée, jusqu'à concurrence de 600 000 francs, des inscriptions d'office prises lors de la transcription. S... a répondu que les obligations foncières acceptées en payement par le Crédit foncier au taux de leur valeur nominale, 500 fr., avaient été payées au-dessous du pair par G..., qui, ainsi, avait éteint la créance de 600 000 francs par un déboursé de 540 000 francs seulement; et, en conséquence, il a offert de fournir la quittance et la mainlevée demandées, mais jusqu'à concurrence de la somme réellement déboursée.

La prétention était-elle fondée? C'est la question qui s'est posée devant la Cour de Paris, et que cette Cour a résolue par l'affirmative (1). Après ce que nous avons dit plus haut pour préciser ce qu'est la situation du tiers détenteur qui n'a pas purgé et son obligation à l'égard du créancier hypothécaire (*suprà*, n[os] 1128 et suiv.), nous ne pouvons qu'approuver cette solution. Le tiers détenteur, qui ne remplit pas les formalités de la purge, nous l'avons établi, n'est pas un débiteur direct, tenu personnellement, avec le débiteur principal, envers le créancier hypothécaire. La législation spéciale au Crédit foncier, pouvait, dans l'espèce soumise à la Cour de Paris, faire prendre le change à cet égard. En effet, le décret de création du 28 février 1852 dispose, par son art. 38, que, « dans la huitaine de la vente, l'acquéreur est tenu d'acquitter, à titre de provision, dans les caisses de la société, le montant des annuités dues, et qu'*après le délai de surenchère,* le surplus du prix

(1) Voy. Paris, 7 juin 1875 (S.-V., 75, 2, 251; *J. Pal.*, 1875, p. 984).

doit être versé à ladite caisse, jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû, nonobstant toutes oppositions, contestations et inscriptions de créances de l'emprunteur, sauf néanmoins leur action en répétition si la société avait été indûment payée à leur préjudice. » Et, d'après l'art. 7 de la loi du 10 juin 1853, « les dispositions de l'art. 38 du décret du 28 février 1852 sont applicables à tout acquéreur, soit sur aliénation volontaire, soit sur saisie immobilière. » Ainsi, cette législation spéciale contient une véritable abrogation de l'art. 2167, et il est vrai de dire que vis-à-vis du Crédit foncier, le tiers détenteur devient débiteur direct par l'effet de la vente. Mais il n'en est ainsi, suivant les textes précités eux-mêmes, qu'après les délais de surenchère, et précisément, le payement avait été effectué, dans l'espèce, avant l'expiration de ces délais. Le tiers détenteur ne se trouvait donc pas dans le cas prévu par la législation spéciale, et sa situation était celle qui est faite au tiers détenteur par le droit commun. Or, d'après le droit commun, le tiers détenteur qui, avant purge et notification, paye la dette hypothécaire, acquitte la dette de son vendeur et non la sienne propre. La mesure du recours ou de la répétition qu'il peut exercer est fixée par cela même. En définitive, il a géré l'affaire d'autrui; et lorsque, dans ces conditions, il arrive à éteindre par un déboursé de 540 000 francs une dette de 600 000, il ne peut avoir droit au remboursement que jusqu'à concurrence de la somme qu'il a réellement déboursée. La Cour de Paris, qui l'a ainsi décidé dans l'espèce, par une exacte application de l'art. 1375 du Code civil, a donné, pour le cas particulier, la juste mesure de *recours tel que de droit* dont l'art. 2178 contient la réserve en faveur du tiers détenteur qui a payé la dette hypothécaire.

1219. Maintenant quelle est, en général, l'étendue de ce recours et quels en sont la nature et les effets? Ceci sort de notre sujet. La question, en effet, est subordonnée au point de savoir quel est le titre en vertu duquel le tiers détenteur était devenu propriétaire : est-ce à titre onéreux ou à titre gratuit? Est-ce par testament, par donation, par vente, par échange, etc.? La solution se résume donc dans une application des art. 854, 1020, 1375, 1440, 1557, 1626 et suivants, 1705, etc., du Code civil, et nous renvoyons aux observations de Marcadé sur ces divers articles.

2179. — Le tiers détenteur qui veut purger sa propriété en payant le prix, observe les formalités qui sont établies dans le chapitre VIII du présent titre.

SOMMAIRE.

I. 1220. Renvoi quant aux formalités de la purge.

I. — 1220. Nous avons dit que tout tiers détenteur qui acquiert la propriété totale ou partielle d'immeubles affectés hypothécairement a deux partis à prendre : ou il peut se soumettre aux poursuites des créanciers dont le gage hypothécaire est passé en tout ou en partie entre ses mains; ou il peut remplir les formalités de la purge, et par là

libérer les immeubles ou les portions d'immeubles par lui acquis des priviléges et des hypothèques qui les grèvent (*suprà,* nº 1128). La situation du tiers détenteur, lorsqu'il opte pour le premier parti, est connue dans tous ses détails; elle est réglée par les douze articles qui précèdent (2167 à 2178) et qui s'y réfèrent spécialement. Il y aurait maintenant à fixer la situation du tiers détenteur lorsqu'il se détermine pour le second parti. Mais l'art. 2179 se borne à une simple indication avec renvoi. Nous suivrons donc le plan du législateur, et, avant de traiter des formalités de la purge, ce qui est l'objet des art. 2181 et suivants, nous nous occuperons de l'extinction des priviléges et hypothèques.

CHAPITRE VII

DE L'EXTINCTION DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

2180. — Les priviléges et hypothèques s'éteignent,

1º Par l'extinction de l'obligation principale,

2º Par la renonciation du créancier à l'hypothèque,

3º Par l'accomplissement des formalités et conditions prescrites aux tiers détenteurs pour purger les biens par eux acquis,

4º Par la prescription.

La prescription est acquise au débiteur, quant aux biens qui sont dans ses mains, par le temps fixé pour la prescription des actions qui donnent l'hypothèque ou le privilége.

Quant aux biens qui sont dans la main d'un tiers détenteur, elle lui est acquise par le temps réglé pour la prescription de la propriété à son profit : dans le cas où la prescription suppose un titre, elle ne commence à courir que du jour où il a été transcrit sur les registres du conservateur.

Les inscriptions prises par le créancier n'interrompent pas le cours de la prescription établie par la loi en faveur du débiteur ou du tiers détenteur.

SOMMAIRE.

I. 1221. Cet article signale quatre causes extinctives des priviléges et hypothèques. — 1222. Mais la doctrine en présente d'autres : — 1223. 1º La réunion des qualités de créancier hypothécaire et de propriétaire de l'immeuble grevé; toutefois, ce n'est là une cause extinctive que dans le cas où il n'existe d'autre créancier inscrit que celui qui est devenu propriétaire : *secùs* s'il y a d'autres créanciers inscrits; — 1224. 2º La perte de la chose grevée de privilége ou d'hypothèque; — 1225. 3º La résolution du droit de propriété du constituant : ce n'est qu'une application de l'art. 2125. Transition aux causes énumérées dans notre article.

II. 1226. Les priviléges et hypothèques s'éteignent *par l'extinction de l'obligation principale*, — 1227. Quelle que soit la cause extinctive de l'obligation principale : de l'extinction de l'hypothèque ou du privilége par le *payement*. — 1228. De l'extinction par les autres causes extinctives de l'obligation principale. Renvoi à l'art. 1234. — 1229. Mais il faut que l'extinction soit *totale;* et, néanmoins, même quand elle est totale, l'extinction de l'obligation principale peut, dans quelques cas particuliers, ne pas entraîner l'extinction du privilége ou de l'hypothèque. Applications. — 1230. Il faut, en outre, que l'extinction

de l'obligation principale soit *définitive :* application de la règle au cas où l'hypothèque ou la dette ayant été éteinte au moyen d'une dation en payement, le créancier est évincé plus tard de l'objet qu'il a reçu en payement.

III. 1231. Les priviléges et hypothèques s'éteignent aussi *par la renonciation du créancier à la sûreté hypothécaire.* En quoi cette cause d'extinction se distingue de la précédente. — 1232. La renonciation constitue un acte essentiellement unilatéral et n'a pas besoin d'être acceptée pour produire son effet. — 1233. Mais elle exige, en la personne du renonçant, la capacité de disposer de la créance : renvoi. — 1234. Elle peut être tacite ou expresse. — 1235. Expresse, elle ne doit pas être équivoque, et, quand elle est constatée par écrit, elle vaut quoique faite par acte sous seing privé. — 1236. Tacite, elle résulte de certains actes ou de certains faits qui en supposent l'existence : du vote par un créancier hypothécaire ou privilégié à un concordat fait par son débiteur : c'est une renonciation tacite. — 1237. Il en est de même du consentement du créancier à la vente, à la donation, à l'échange de l'immeuble grevé de son hypothèque. *Secùs* si le créancier a concouru à l'acte comme témoin, comme notaire ou *honoris causâ.* — 1238. Du consentement à ce que l'immeuble soit donné à un autre en hypothèque. — 1239. Transition.

IV. 1240. Les priviléges et hypothèques s'éteignent encore *par l'accomplissement des formalités et des conditions prescrites pour le purgement des immeubles.* Mais cette cause diffère de toutes les autres en ce que l'accomplissement des formalités et conditions doit être considéré comme un acheminement à l'extinction plutôt que comme une cause extinctive par elle-même. Renvoi.

V. 1241. Les priviléges et hypothèques s'éteignent, enfin, *par la prescription ;* mais ici la loi règle des hypothèses diverses. Division.

VI. 1242. 1° *Du cas où l'immeuble est en la possession du débiteur lui-même.* La prescription, considérée comme cause extinctive du privilége ou de l'hypothèque, dans ce cas, se confond avec la première cause, la prescription étant une cause d'extinction de l'obligation principale. Motifs pour lesquels le législateur a cru cependant devoir la mentionner comme cause distincte. — 1243. Du délai de la prescription : il est le même que celui qui serait nécessaire pour prescrire l'obligation principale à laquelle est attaché le privilége ou l'hypothèque. — 1244. ... Et l'action hypothécaire est tellement liée à l'action personnelle que les actes conservatoires de celle-ci conservent aussi la première.

VII. 1245. 2° *Du cas où l'immeuble grevé est en la possession d'un tiers détenteur.* En principe, la prescription de l'obligation principale profite au tiers détenteur. — 1246. Mais la loi prévoit ici un autre cas et établit une prescription toute spéciale au tiers détenteur et tout à fait indépendante de celle de l'obligation principale. — 1247. Le délai de cette prescription spéciale est celui qui serait nécessaire au tiers détenteur pour prescrire la propriété, c'est-à-dire soit *trente ans,* soit *dix* ou *vingt ans,* suivant que le tiers détenteur possède avec ou sans titre, de bonne ou de mauvaise foi. — 1248. Justification de cette disposition et réfutation des critiques dont elle a été l'objet. — 1249. Toutefois, le délai de la prescription est susceptible d'être prolongé ou abrégé par l'effet des circonstances : exemples. — 1250. Autre exemple tiré de la bonne foi. Quand y a-t-il bonne foi et en quoi consiste-t-elle ? — 1251. Du point de départ de la prescription. Distinctions. — 1252. Suite. — 1253. Il n'y a ici aucune solidarité, sous le rapport de la prescription, entre l'action hypothécaire et l'action personnelle. — 1254. Les conditions de la prescription sont déterminées non point eu égard à la *propriété* et aux droits du *propriétaire,* mais eu égard au *privilége* ou à l'*hypothèque* et aux droits du *créancier :* conséquences et applications.

VIII. 1255. 3° *De la suspension de la prescription.* Il faut distinguer entre le cas où l'immeuble appartient toujours au débiteur lui-même, et celui où il est passé aux mains d'un tiers acquéreur. Dans le premier cas, la prescription est libératoire, tandis qu'elle est acquisitive dans le second : il s'ensuit que, tandis que la prescription, dans le cas d'une obligation conditionnelle ou à terme, est suspendue *pendente die aut conditione* en faveur du débiteur, elle continue, au contraire, de courir contre le tiers détenteur. Controverse.

IX. 1256. 4° *De l'interruption de la prescription.* En aucun cas, les inscriptions prises par le créancier n'interrompent le cours de la prescription. Pourquoi ? — 1257. Comment la prescription peut-elle être interrompue ? Distinctions : — Dans le cas où la créance *n'est pas exigible,* le créancier n'a pas à interrompre la prescription si l'immeuble est aux mains du débiteur ; mais si l'immeuble est aux mains d'un tiers détenteur, la prescription est interrompue par la recon-

naissance volontaire ou judiciaire dont il est question à l'art. 2173. Renvoi. — 1258. Dans le cas où la créance est *exigible*, si l'immeuble est resté en la possession du débiteur, le créancier interrompt la prescription par les moyens indiqués aux art. 2144 et 2148 du Code civil. — 1259. Si l'immeuble est en la possession du tiers détenteur, la prescription est interrompue par la saisie. Serait-elle interrompue par la sommation qui a dû précéder la saisie? Controverse.

X. 1260. 5° *De la renonciation à la prescription acquise.* De quels actes elle peut être inférée; spécialement de la notification du contrat d'acquisition aux créanciers inscrits.

I. — 1221. L'extinction des priviléges et des hypothèques, c'est l'anéantissement complet, absolu, de la sûreté hypothécaire, tellement que le créancier dont le privilége ou l'hypothèque est éteint n'a plus à se prévaloir ni *du droit de suite* à l'encontre du détenteur de l'immeuble qui a été grevé à son profit, ni *du droit de préférence* contre les créanciers privilégiés ou hypothécaires dont l'immeuble est le gage. L'art. 2180, qui forme à lui seul le présent chapitre, a pour objet d'indiquer comment et dans quelles circonstances les priviléges et les hypothèques se trouvent ainsi frappés d'extinction. Il mentionne dans cette vue quatre causes extinctives qui sont : 1° l'extinction de l'obligation principale; 2° la renonciation par le créancier à son hypothèque ou à son privilége; 3° l'accomplissement des formalités et conditions prescrites aux tiers détenteurs pour purger les biens par eux acquis; et 4° la prescription.

1222. Mais indépendamment de ces causes, auxquelles nous allons revenir tout à l'heure, la doctrine en signale d'autres sur lesquelles nous avons avant tout à nous expliquer. Ces causes, que les auteurs présentent comme indépendantes de celles qu'énumère l'art. 2180, sont : la réunion des qualités de créancier hypothécaire et de propriétaire de l'immeuble grevé, la perte de la chose hypothéquée, et la résolution du droit de propriété du constituant (1).

1223. Quant à la première, voici l'espèce : Paul est créancier hypothécaire de Pierre, et son hypothèque est inscrite sur une maison appartenant à ce dernier; plus tard, Paul devient propriétaire, à un titre quelconque, de la maison grevée de son hypothèque. Cette réunion des qualités de créancier hypothécaire et de propriétaire grevé fait-elle que l'hypothèque soit éteinte? Les auteurs se prononcent assez généralement pour l'affirmative. Mais, à notre avis, il faut faire une distinction entre les deux hypothèses qui peuvent se présenter. Ou Paul est le seul créancier hypothécaire ayant un droit réel sur l'immeuble dont il est devenu propriétaire, ou bien cet immeuble qui est son gage est aussi le gage hypothécaire d'autres créanciers. Dans le premier cas, il est vrai de dire que la réunion des deux qualités a pour effet d'éteindre l'hypothèque de Paul, car le droit qui résultait de cette hypothèque se trouve absorbé dans le droit absolu que Paul acquiert en devenant propriétaire de son gage. Mais, dans le second cas, il en est autrement : les droits

(1) Voy. MM. Dalloz (*Priv. et Hyp.*, p. 471, n° 1); Duranton (t. XX, n° 288, et n°s 325 et suiv.); Zachariæ (t. II, p. 226 et suiv.); Troplong (n°s 888 et suiv.); Martou (n°s 1367 et suiv.).

du créancier ne se confondent pas avec ceux du propriétaire ; car il y a un règlement à faire entre tous ceux dont l'immeuble est le gage, un règlement dans lequel, comme cela résulte des principes ci-dessus expliqués (voy. n°s 1054 et 1215), Paul lui-même, quoique désormais propriétaire de ce gage, ne pourra pas prendre part, à raison de sa créance, s'il n'a pas maintenu son droit de créancier par des inscriptions prises et renouvelées dans les conditions voulues par la loi. Or, dès que l'acquéreur n'est pas plus dispensé que les autres créanciers des obligations à l'accomplissement desquelles la loi subordonne la conservation du droit hypothécaire, il faut bien conclure que la réunion des deux qualités de créancier et de propriétaire n'a pas pour effet, dans ce cas, d'éteindre l'hypothèque.

1224. La *perte de la chose* est une cause plus réelle ou plus absolue d'extinction des hypothèques et priviléges. Notons d'ailleurs que nous parlons ici de la perte de l'*immeuble grevé*. Il ne s'agit pas, en effet, de la perte de la chose, objet de l'obligation principale. Tout événement qui, en détruisant l'objet de la convention ou de l'obligation, en rend l'exécution impossible, a bien pour effet aussi d'éteindre l'hypothèque ou le privilége qui accède à cette obligation. Mais la cause n'est pas indépendante de celles qu'énumère l'art. 2180 ; elle rentre très-nettement, au contraire, dans sa première disposition, qui fait de l'*extinction de l'obligation principale* une cause extinctive des priviléges et hypothèques, et qui, s'exprimant d'une manière générale, embrasse nécessairement, comme nous le verrons bientôt (voy. n°s 1227, 1228), tous les modes généraux qui, d'après l'art. 1234 du Code civil, opèrent l'extinction de l'obligation. Il s'agit donc uniquement ici de la perte *de la chose hypothéquée*. Que ce soit là un fait entraînant l'extinction des priviléges et hypothèques, à peine est-il besoin de le dire : il est bien évident que quand la chose même sur laquelle le privilége ou l'hypothèque se trouvait assis a péri en totalité, l'hypothèque ou le privilége est forcément anéanti par cela même. Et ce que nous disons ici de la perte totale de la chose, il faut le dire également du cas où la chose subit une transformation qui la fait sortir de la classe des immeubles, et de celui où elle est mise hors du commerce, par exemple en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique.

Mais la difficulté, sur ce point, consiste à savoir si l'hypothèque ou le privilége passe de l'immeuble qu'il grevait originairement aux choses qui restent de cet immeuble, aux objets dans lesquels il s'est transformé, aux indemnités qui peuvent être dues au propriétaire dont la chose a péri ou a été mise hors du commerce. Toutefois ces difficultés ont été examinées dans notre commentaire des art. 2118, 2119, 2131 et 2133 : nous y renvoyons le lecteur (voy. n°s 359, 376, 406, 407, 419, 698, 698 *bis*).

1225. Enfin, *la résolution du droit de propriété du constituant*, qu'on présente comme une autre cause d'extinction de l'hypothèque constituée, n'est qu'une application du principe posé dans l'art. 2125, d'après lequel ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit résoluble dans

certains cas ou sujet à rescision ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise à la même rescision. Et ceci même indique qu'il ne s'agit pas ici d'une extinction proprement dite de l'hypothèque. Lorsque celui dont le droit était résoluble vient à être évincé, il est vrai de dire, dans le cas du moins où l'éviction procède d'une cause nécessaire et inhérente au titre d'acquisition, que le droit n'a jamais eu d'existence. Par conséquent, si le détenteur ainsi évincé (1) a constitué hypothèque pendant sa possession, cette hypothèque, qui tombe par l'effet de l'éviction, est à considérer comme n'ayant jamais existé, plutôt que comme éteinte : c'est ce que nous expliquons dans notre commentaire de l'art. 2125 (voy. n°s 644 et suiv.).

Revenons maintenant à l'art. 2180, et reprenons une à une les quatre causes d'extinction qu'il signale.

II. — 1226. Les hypothèques et les priviléges s'éteignent par *l'extinction de l'obligation principale,* soit de celui qui a constitué hypothèque dans son intérêt, soit de celui dans l'intérêt duquel il l'a constituée comme caution personnelle ou comme caution purement hypothécaire. Cette cause d'extinction de l'hypothèque n'a pas eu *pour objet principal* de l'éteindre, comme celles comprises sous les n°s 2° et 3° de l'art. 2180; elle ne l'éteint que *secondairement,* par voie de conséquence et parce que l'obligation à laquelle la sûreté réelle accédait est éteinte elle-même et a cessé d'exister. D'ailleurs elle était indiquée par la nature même des choses. L'hypothèque, comme nous l'avons dit plus haut en empruntant l'expression de Loyseau, est une obligation accessoire ou subsidiaire de la chose pour confirmer et assurer la promesse et obligation de la personne qui est débitrice (voy. n°s 324 et 710). Or, quand la promesse et obligation personnelle est éteinte, il est naturel que l'obligation accessoire et subsidiaire s'éteigne également, l'accessoire ne pouvant survivre au principal. Ajoutons que lorsque l'obligation principale est frappée d'extinction, l'hypothèque ou le privilége est désormais sans objet; or *un droit sans objet* ne saurait avoir d'existence juridique. Il était donc raisonnable à tous égards de mettre l'extinction de l'obligation principale au premier rang des causes extinctives des priviléges et des hypothèques.

1227. Mais les modes généraux d'extinction des obligations sont nombreux; l'art. 1234 du Code civil en signale neuf, en tête desquels il place le *payement*. Donc le payement est virtuellement compris dans le n° 1 de l'art. 2180 qui fait de l'extinction de l'obligation personnelle une cause extinctive des priviléges et des hypothèques. Rappelons que le payement ne s'entend pas nécessairement du versement d'une somme d'argent pour acquitter une dette. Le *payement,* en droit, signifie, comme l'a dit Marcadé (t. IV, n° 661), la *solutio obligationis,* le dénoûment du *vinculum* par l'accomplissement de ce à quoi l'on était tenu : c'est, en un mot, l'exécution de l'obligation. Ainsi,

(1) *Secùs,* si l'éviction procède d'une cause *nouvelle et volontaire;* l'hypothèque ne s'éteint même pas dans ce cas. Voy. *suprà,* n° 646. — *Junge :* Req., 17 juill. 1848 (Dall., 48, 1, 603; S.-V., 48, 1, 470).

quand l'obligation est exécutée, non pas seulement par un payement effectif, mais par un fait quelconque qui dénoue le *vinculum*, l'hypothèque ou le privilége qui accédait à l'obligation se trouve à l'instant dégagé, selon l'expression de Domat (1), car tout ce qui tient lieu de payement en produit les effets. A ceci se rattachent les arrêts nombreux qui enlèvent aux femmes mariées et aux mineurs la garantie de l'hypothèque légale pour les sommes qui, après la liquidation des reprises ou lors du compte de tutelle, restent aux mains des maris ou des tuteurs à un autre titre qu'à celui de tuteur et de mari. Nous avons rendu compte de cette jurisprudence (*suprà*, nos 441 et 502); ajoutons que la Cour de cassation l'a pleinement confirmée en cassant, par un arrêt encore inédit du 27 juin 1876, une décision contraire de la Cour de Grenoble du 30 juillet 1874.

1228. Après le payement, l'art. 1234 du Code civil signale comme modes généraux d'extinction des obligations la novation, la remise volontaire, la compensation, la confusion, la perte de la chose, la nullité ou la rescision, l'effet de la condition résolutoire, et la prescription. Tous ces modes sont donc compris aussi, comme le payement, dans l'art. 2180. L'*extinction* de l'obligation principale étant, sans réserve aucune d'après cet article, une cause extinctive des priviléges et des hypothèques, il en faut conclure que, de quelque manière que l'obligation principale s'éteigne, l'obligation accessoire et subsidiaire résultant du privilége ou de l'hypothèque se trouve éteinte également.

Ce n'est pas le cas d'insister ici sur les caractères propres à chacun des modes d'extinction énumérés dans l'art. 1234 du Code civil; cela se rattache à la matière *Des Contrats et des Obligations en général;* et Marcadé en a traité spécialement dans son Commentaire du titre III, livre III, du Code civil (voy. t. IV, nos 661 et suiv.). Mais il importe de dire les conditions générales auxquelles l'extinction de l'obligation principale, de quelque manière qu'elle survienne, entraînera l'extinction des priviléges et hypothèques.

1229. Il faut, en premier lieu, que l'extinction de l'obligation principale soit *totale*. C'est une nécessité découlant du principe de l'indivisibilité du droit hypothécaire. En effet, si, débiteur envers vous, sous une affectation hypothécaire, d'une somme de 20 000 francs, je vous paye 15 000 francs seulement, l'affectation hypothécaire n'en reste pas moins entière, bien que l'obligation principale, éteinte jusqu'à concurrence de 15 000 francs, ne subsiste plus que pour une somme de 5000. L'hypothèque, indivisible en ce qu'elle porte sur tout et sur chaque partie des biens affectés, est indivisible encore en ce sens que tout le bien affecté et chaque partie de ce bien répondent de toute la dette et de chaque fraction de la dette (voy. *suprà*, n° 335). L'hypothèque ne décroît donc pas par l'effet de payements partiels. Elle demeure entière, quelle que soit l'importance de ces payements et quelque minime que puisse être la portion de la dette primitive restant à payer (2).

(1) Voy. Domat (*Lois civ.*, liv. 3, tit. 1, sect. 7, n° 3).
(2) Toutefois, voy. Pau, 3 août 1859 (S.-V., 59, 2, 583; *J. Pal.*, 1860, p. 1019).

Notons toutefois que ceci n'est pas sans quelques exceptions. Il est, en effet, telles circonstances dans lesquelles la sûreté hypothécaire survit à l'extinction même *totale* de la créance qu'elle a eu pour objet d'assurer et garantir. Tel est d'abord le cas du *payement avec subrogation,* dont parle l'art. 1250 du Code civil. Ce payement, bien qu'il éteigne la créance, ainsi que l'explique Marcadé (t. IV, n° 708), n'en laisse pas moins subsister les accessoires, lesquels sont attribués, par l'effet de la subrogation, à la créance nouvelle naissant du payement (voy. *suprà,* n° 334) (1). — Tel est encore le cas de la *novation* lorsque les parties font la réserve indiquée par la disposition finale de l'art. 1278 du même Code. La novation, c'est-à-dire le remplacement d'une obligation par une obligation nouvelle, opère bien l'extinction *totale* de l'obligation personnelle qui avait été d'abord contractée, et, par cela même, elle entraîne en principe l'extinction des priviléges et hypothèques accessoirement attachés à cette obligation personnelle. Mais si les parties font de ces sûretés réelles l'objet d'une réserve; si, comme elles y sont autorisées par l'art. 1278, elles stipulent que la sûreté passera de l'ancienne créance à celle qui lui est substituée, le principe fléchit, et la sûreté réelle survit, bien que l'obligation dont elle était l'accessoire primitivement soit éteinte en totalité. — Tel est enfin le cas de la *compensation* dans l'hypothèse spécialement prévue par la dernière partie de l'art. 1299 du Code civil. La compensation, ou la neutralisation de deux obligations principales en ce que le créancier de l'une est en même temps le débiteur de l'autre et réciproquement, éteint de plein droit les deux obligations, et même à l'insu des parties. Dès lors, en principe, elle entraîne l'extinction des sûretés réelles attachées à ces obligations, tellement que si l'un des deux débiteurs avait payé sans opposer la compensation, il ne pourrait plus, en répétant ce qu'il a indûment payé, se prévaloir des hypothèques attachées à la créance qu'il a omis d'opposer en compensation. Mais si le payement n'a été fait que par une ignorance excusable de l'existence de la créance hypothécaire qui devait compenser la dette payée, par exemple si la créance résultait d'un testament découvert après que le payement a été effectué, le principe fléchit; et la loi, prenant en considération cette juste cause d'erreur, fait survivre la sûreté hypothécaire à la créance éteinte, et permet au créancier qui a payé sa dette de s'en prévaloir, comme si la créance primitive n'avait pas cessé d'exister.

Mais ce sont là des circonstances exceptionnelles. En principe, c'est l'extinction *totale* de l'obligation principale qui entraîne, par voie de conséquence, l'extinction des sûretés accessoires résultant des hypothèques et priviléges. Si quelque chose subsiste de l'obligation principale, les priviléges et hypothèques, loin d'être éteints corrélativement, sont maintenus en totalité, sauf le droit, pour le débiteur, de les faire réduire s'il se trouve dans le cas d'invoquer les dispositions de la

---

(1) *Comp.* Cass., 20 juin 1859 (Dall., 59, 1, 254; S.-V., 59, 1, 853; *J. Pal.*, 1860, p. 1028).

loi sur la réduction des hypothèques ou des inscriptions. (Voy. art. 2140 à 2145, nos 538 et suiv., et art. 2161 à 2165, nos 600 et suiv., 705 et suiv.).

1230. Ce n'est pas tout que l'extinction de l'obligation principale soit *totale,* il faut encore qu'elle soit *définitive* pour que les hypothèques ou les priviléges soient éteints par voie de conséquence. La loi fournit elle-même une induction à l'appui de ceci. Ainsi, en parlant tout à l'heure (voy. n° 1223) de la consolidation ou de la confusion résultant de ce qu'un créancier hypothécaire est devenu propriétaire de l'immeuble sur lequel son hypothèque était assise, nous avons dit que cette consolidation produit l'extinction de l'hypothèque dans le cas du moins où le propriétaire actuel est le seul créancier ayant privilége ou hypothèque sur l'immeuble. Mais supposons l'éviction du nouveau propriétaire, et aussitôt l'hypothèque éteinte reprend naissance et affecte l'immeuble que la consolidation en avait momentanément libéré. C'est l'espèce même de l'art. 2177 (voy. nos 1213 et suiv.).

Par identité de raison, il faudra dire, dans le cas où l'extinction des sûretés réelles est produite par l'extinction d'une obligation principale, que si cette obligation principale momentanément éteinte vient à renaître par l'effet d'une éviction, avec elle revivra la sûreté hypothécaire dont elle était accompagnée. Ainsi, la dation en payement, qui a lieu lorsque le créancier reçoit une chose mobilière ou immobilière à la place de ce qui lui est dû, équivaut au payement (1); elle éteint donc l'obligation primitive, et par cela même elle opère l'extinction des sûretés accessoires. Mais supposons que le créancier soit évincé, par une cause qui ne puisse pas lui être imputée, de l'objet qu'il avait reçu en payement; la créance primitive reprendra naissance, et avec elle l'hypothèque qui en garantissait le payement. On a soutenu pourtant que l'éviction ne peut faire renaître ni la créance ni l'hypothèque, lesquelles auraient été définitivement éteintes par la novation que suppose la dation en payement (2). C'est là, selon nous, une appréciation inexacte; l'obligation n'est éteinte par la dation en payement que sous une condition nécessaire, sous la condition que la propriété de la chose donnée sera transmise au créancier. C'est ce qu'explique Domat. « Si le payement, dit-il, ou ce qui devait en tenir lieu n'avait point d'effet, comme si le créancier avait pris en payement une dette avec garantie et qu'il ne pût en être payé, *ou un fonds avec la même garantie dont il fût évincé,* l'hypothèque revivrait avec la créance, *car ces sortes de payements renferment la condition qu'ils subsisteront.* » (3) Là est la raison de décider; en définitive, il s'agit ici d'une extinction *conditionnelle,* et non définitive de l'obligation; la condition défaillant, l'obligation revit, et avec elle revivent ses sûretés accessoires (4).

(1) Voy. Req., 19 juin 1817. — Voy. aussi Paris, 25 avr. 1838 (S.-V., 38, 2, 81).
(2) Voy. MM. Aubry et Rau, sur Zachariæ (t. II, p. 916; 4e édit., t. III, p. 487, note 4).
(3) Voy. Domat (*Lois civ.*, liv. 3, tit. 1, sect. 7, n° 6).
(4) Voy. MM. Zachariæ (t. II, p. 226, 227); Troplong (nos 847 et suiv.); Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 524); Martou (n° 1330); F. Berriat Saint-Prix (*Add.*, au n° 8867).

Seulement, l'hypothèque qui reprend ainsi la vie ne jouira de toutes ses prérogatives, comme si elle n'avait pas cessé d'exister, qu'autant que l'inscription n'en aura pas été rayée à la suite de la dation en payement par laquelle l'obligation principale avait été momentanément éteinte. Si, au contraire, il y a eu radiation, on appliquera la règle indiquée dans notre commentaire des art. 2157 à 2160 (voy. nos 1106, 1107) : l'hypothèque devra être vivifiée par une inscription nouvelle qui, *vis-à-vis des créanciers inscrits avant la radiation,* lui rendra le rang qu'elle avait primitivement, mais qui, *vis-à-vis des créanciers inscrits depuis la radiation,* ne donnera rang qu'au jour de sa date (1).

III. — 1231. La deuxième cause d'extinction mentionnée par l'article 2180 est *la renonciation du créancier à l'hypothèque ou au privilége.* Il s'agit d'une renonciation *directe* faite par le créancier, d'une renonciation ayant pour objet même l'abandon ou la remise de la sûreté hypothécaire. Cela s'induit du rapprochement du numéro deux de cet article avec le numéro premier. En effet, il y aussi remise de la sûreté hypothécaire lorsque le créancier renonce à demander payement de la dette hypothécairement garantie. Mais cette hypothèse, dans laquelle les sûretés hypothécaires se trouvent éteintes ou remises par voie de conséquence et par suite de l'extinction de l'obligation principale, rentre dans la première disposition de l'art. 2180, qui fait précisément de cette extinction de l'obligation principale une cause extinctive des priviléges et hypothèques. Or la deuxième disposition ne peut avoir eu pour objet de régler un point déjà compris et virtuellement réglé dans la première; elle a donc son objet spécial, et cet objet, c'est de montrer la renonciation comme une cause d'extinction agissant sur les priviléges et hypothèques, non point par voie de conséquence, mais principalement et directement; une cause, en un mot, qui éteint les priviléges et les hypothèques sans toucher à la créance à laquelle ils sont accessoirement attachés.

1232. La donnée de la loi, le principe auquel elle obéit, c'est que chacun a la libre disposition des droits qui lui appartiennent, et que tout titulaire d'un droit est maître de s'en dessaisir et de l'abandonner dès qu'il lui convient de ne pas l'exercer. Ceci montre tout d'abord que, envisagée dans sa nature intime, la renonciation aux priviléges ou hypothèques est un acte essentiellement unilatéral. S'il s'agissait ici d'une convention proprement dite, la seule volonté du renonçant ne suffirait pas à la former; le droit résultant du privilége ou de l'hypothèque ne s'éteindrait que par le concours et l'effet de consentements librement échangés entre le renonçant et le bénéficiaire de la renonciation. Mais comme précisément la remise des sûretés hypothécaires ne constitue ni une convention ni une stipulation pour autrui, comme elle est le simple abandon d'un droit, elle est parfaite, complète et efficace vis-à-vis de tous, alors même qu'elle émane du créancier seul. En ceci, la renonciation aux priviléges ou hypothèques s'accorde avec la mainlevée et la

(1) Voy. cependant M. F. Berriat Saint-Prix (*loc. cit.*).

radiation des inscriptions hypothécaires dont nous avons parlé dans le commentaire de l'art. 2157 (voy. nos 1073 et 1105). Et, en effet, la jurisprudence les a complétement assimilées sous ce rapport; car de même qu'elle admet, comme on l'a vu *loc. cit.*, que la mainlevée est opposable *aux tiers* quoique non acceptée par le débiteur, de même elle reconnaît que la renonciation de la part d'un créancier hypothécaire à son hypothèque est irrévocable, et n'a pas besoin, pour produire ses effets à l'égard du créancier appelé à en profiter, d'être acceptée soit par lui, soit par le détenteur de l'immeuble, soit par le débiteur dont les biens sont grevés de l'hypothèque éteinte (1).

1233. Cependant la faculté de disposer des sûretés hypothécaires par remise ou renonciation, bien qu'elle appartienne au titulaire du privilége ou de l'hypothèque, est subordonnée à une condition de capacité. Un droit ne saurait, en effet, être l'objet d'une disposition qu'autant que celui qui en dispose jouit de sa capacité civile. Il en est de l'hypothèque et du privilége, sous ce rapport, comme de tous autres droits. Donc il est nécessaire que celui qui veut s'en dessaisir et l'abandonner soit capable de le faire. Mais quelle est la capacité requise? Ici encore nous dirons de la renonciation aux priviléges et hypothèques ce que nous avons dit à propos de la mainlevée des inscriptions hypothécaires, avec lesquelles la renonciation présente une si grande analogie : la capacité est corrélative à l'acte envisagé dans son objet. Or la remise des sûretés hypothécaires est un acte libératoire participant de la nature de la quittance; donc ceux-là seuls ont la capacité requise pour le faire qui ont la libre disposition de la créance à laquelle accèdent les priviléges ou les hypothèques abandonnés (2). On appliquera ici les développements présentés à l'occasion de la radiation (voy. *suprà,* nos 1075 et suiv.); et, sans insister davantage, nous passons aux formes de la renonciation.

1234. La loi n'en fixe aucune; il n'existe donc pas de forme particulière sous laquelle la renonciation ou la remise doive se produire pour qu'elle ait son effet. Elle vaut lorsqu'elle est formellement exprimée; mais elle vaut aussi lorsqu'elle s'induit d'un acte ou d'un fait quelconque qui la suppose : c'est une doctrine certaine, fondée sur la tradition, qui nous enseigne que de tout temps la renonciation a pu être expresse ou tacite. Mais l'un et l'autre mode ont leurs particularités.

1235. La renonciation *expresse* est celle qui est formellement exprimée par le créancier qui abandonne ses sûretés hypothécaires. Elle ne doit pas être équivoque; mais quand elle est constatée par écrit, le degré de certitude ne se mesure pas à la forme extérieure ou aux solennités de l'acte qui la constate. La loi, en effet, n'exige pas ici, comme pour la radiation des inscriptions (art. 2158; voy. *suprà,* n° 1074), que l'acte portant consentement soit fait en la forme authentique; il en faut conclure que, quelle qu'en soit la forme, il a la même valeur,

(1) Voy. Bourges, 20 févr. 1852; Req., 19 nov. 1855 (*J. Pal.*, 1852, t. I, p. 392; Dall., 55, 2, 111; 56, 1, 175; S.-V., 56, 1, 146).
(2) Voy. Pothier (*Cout. d'Orléans,* tit. 20, n° 61).

et que dans tous les cas où le créancier n'articule pas que sa signature lui a été surprise par des manœuvres frauduleuses, l'acte sous seing privé portant renonciation à privilége ou à hypothèque fait preuve contre le créancier, en vertu de la règle d'après laquelle l'acte sous seing privé, reconnu par celui à qui on l'oppose, a la même foi, entre ceux qui l'ont souscrit, que l'acte authentique (1). On trouvera une application spéciale de ce point de droit dans nos observations sur la renonciation par la femme à son hypothèque légale (voy. *suprà,* nº 486).

1236. Quant à la renonciation *tacite,* c'est celle qui, sans être exprimée, résulte cependant de certains actes ou de certains faits qui en supposent nécessairement l'existence. L'art. 508 du Code de commerce fournit un exemple d'une telle renonciation quand, après avoir dit que les créanciers hypothécaires et privilégiés n'ont pas voix délibérative dans les opérations relatives au concordat; et que leurs créances n'y sont comptées que s'ils renoncent à leurs priviléges ou hypothèques, il ajoute que le vote au concordat emporte de plein droit cette renonciation : vainement le vote serait-il accompagné d'une réserve des priviléges ou hypothèques : la réserve serait sans efficacité (2). Mais, dans la pratique, d'autres faits et d'autres actes, ayant un caractère moins spécial, sont admis comme impliquant également renonciation.

1237. Ainsi en est-il du consentement donné par le créancier à la vente, à la donation ou à l'échange de l'immeuble grevé du privilége ou de l'hypothèque, soit que le consentement ait concouru avec l'acte d'aliénation, soit qu'il n'ait été donné qu'après par voie de ratification ou autrement. C'était la règle consacrée par le droit romain (l. 4, § 1, ff. *Quid mod. pign.*, etc.); elle était admise dans notre ancienne jurisprudence française, sur ce fondement que « le débiteur n'ayant pas besoin du consentement de son créancier pour aliéner ses héritages avec la charge des hypothèques, le consentement du créancier ne peut paraître requis et donné pour une autre fin que pour remettre son hypothèque. » (3) Or, cette considération n'est pas moins vraie sous notre droit actuel que sous l'ancienne jurisprudence française; et la Cour de cassation s'en est visiblement inspirée en décidant que la donation de biens immeubles faite par un créancier à son débiteur peut, d'après les circonstances de la cause, emporter, quant aux biens donnés, renonciation de la part du créancier donateur à l'hypothèque générale qu'il a sur les biens présents et à venir du donataire, alors surtout que,

---

(1) Voy. Paris, 13 avr. 1854 (S.-V., 54, 2, 336; *J. Pal.*, 1853, t. I, p. 692). — Voy. aussi MM. Aubry et Rau (t. II, p. 919; 4e édit., t. III, p. 489).

(2) Voy. Rej., 26 août 1851 (*J. Pal.*, 1852, t. I, p. 12). Toutefois, la déchéance de l'art. 508 du Code de commerce ne serait pas applicable au cas où les délibérations seraient restées sans effet et où un concordat n'aurait pu, en définitive, être formé. Bourges, 15 mars 1865 (*J. Pal.*, 1866, p. 601; S.-V., 66, 2, 149). De même il faut dire que le vote de la femme au concordat de son mari tombé en faillite ne fait pas obstacle à la persistance de son action personnelle et hypothécaire pour la portion de la dot dont elle n'a pas pu, à raison de l'état de faillite, réaliser le recouvrement. Rej., 11 nov. 1867 (Dall., 67, 1, 405).

(3) Voy. Pothier (*Tr. des Hyp.*, ch. 3, § 5).

s'agissant d'une donation par contrat de mariage, cette renonciation peut avoir pour effet d'assurer une préférence aux droits hypothécaires de la future (1).

Toutefois, si le concours du créancier à l'acte ou sa signature pouvait s'expliquer autrement que par la supposition d'un abandon de ses priviléges ou hypothèques, ces garanties ne devraient pas être considérées comme remises et abandonnées. Par application de cette règle, la Cour de cassation a admis qu'au cas de vente par un mari, avec le concours de sa femme, d'un immeuble grevé de l'hypothèque légale, les juges peuvent décider, par interprétation des stipulations accessoires du contrat, que la femme n'a renoncé à son hypothèque légale sur l'immeuble vendu qu'en ce qui concerne l'immeuble même et au profit de l'acquéreur uniquement, mais qu'elle a voulu conserver le bénéfice de l'hypothèque sur le prix de vente (voy. n° 485) (2). On trouve une autre application de la règle dans cette décision unanimement admise, que le créancier peut, sans compromettre les sûretés hypothécaires attachées à sa créance, intervenir à l'acte d'aliénation de l'immeuble grevé de son privilége ou de son hypothèque, lorsqu'il y intervient et le signe soit comme notaire ou témoin, soit *honoris causâ*, par exemple en qualité de parent ou d'ami dans un contrat de mariage, à moins qu'il n'ait sciemment laissé insérer dans l'acte, sans réclamer, que l'immeuble est franc et quitte de tout privilége ou hypothèque (3).

1238. Ce que nous disons du consentement à la vente, à la donation, à l'échange, il faut le dire aussi du consentement donné par le créancier à ce qu'une hypothèque soit constituée par le débiteur sur l'immeuble affecté de sa propre hypothèque (4). Néanmoins, comme l'exprime Pothier (5), « la remise qui résulte de ce consentement souffre plus de difficultés que celle qui résulte du consentement à l'aliénation de la chose, car le créancier qui consent à ce que le débiteur hypothèque à un autre la chose qui lui était hypothéquée peut n'avoir pas eu l'intention de remettre son hypothèque, mais seulement celle de consentir que le dernier créancier passe à sa place. » C'est donc ici, comme, d'ailleurs, dans le cas précédent, une question à résoudre par l'appréciation des circonstances. Seulement, nous dirons, avec la majorité des auteurs, que nul n'étant présumé renoncer légèrement à ses droits, l'interprétation doit tendre à envisager le consentement comme

(1) Voy. Req., 10 avr. 1855 (S.-V., 55, 1, 653).

(2) Voy. Rej., 6 nov. 1855 (S.-V., 56, 1, 235; Dall., 55, 1, 449; *J. Pal.*, 1855, t. II, p. 454). *Comp.* Cass., 26 août 1862 (S.-V., 62, 1, 920; Dall., 62, 1, 344; *J. Pal.*, 1863, p. 62).

(3) Voy. Paris, 5 févr. 1822; Bruxelles, 7 mars 1838. — *Junge :* MM. Maleville (art. 2180); Delvincourt (t. III, note 7 de la page 181); Grenier (t. II, n° 508); Dalloz (*Priv. et Hyp.*, p. 422, n°s 8 et suiv.); Troplong (n° 869); Mourlon (*Rep. écrit*, t. III, p. 525, 526); F. Berriat Saint-Prix (*Not. théor.*, n° 8866); Martou (n° 1340).

(4) Voy. Bordeaux, 17 mars 1830; Caen, 1er févr. 1848 (S.-V., 30, 2, 326; 49, 2, 451).

(5) Voy. Pothier (*Cout. d'Orléans*, tit. 20, n° 64).

ayant pour objet la priorité du rang plutôt que la remise de l'hypothèque (1).

1239. Ces applications pourraient être multipliées ; mais comme en définitive elles se résument toujours en une question d'interprétation de faits ou d'actes, nous pouvons, sans y insister davantage, passer à la troisième cause signalée par l'art. 2180 comme opérant l'extinction des priviléges et hypothèques.

IV. — 1240. Les priviléges et hypothèques s'éteignent, en troisième lieu, *par l'accomplissement des formalités et conditions prescrites aux tiers détenteurs pour purger les biens par eux acquis*. Mais cette troisième cause d'extinction diffère de toutes les autres. Quand les priviléges et les hypothèques s'éteignent, soit par l'extinction de l'obligation principale ou par la renonciation dont nous venons de parler, soit par la prescription qui fera l'objet des numéros qui vont suivre, l'extinction est absolue, en ce sens qu'elle atteint les deux attributs des hypothèques et des priviléges sur les immeubles, c'est-à-dire le droit de suite aussi bien que le droit de préférence. Or, l'accomplissement des formalités et conditions de la purge n'a pas des effets aussi absolus. Quand un tiers acquéreur use de la faculté qu'il a de purger les biens par lui acquis, il arrive sans doute que ces biens sont dégagés et restent libres entre ses mains ou affranchis des hypothèques qui les grevaient du chef des précédents propriétaires ; mais le droit au prix, c'est-à-dire *le droit de préférence*, subsiste encore au profit des créanciers qui sont dans le cas d'y prétendre : c'est le payement effectif ou la consignation du prix qui produit l'extinction des hypothèques et des priviléges sous ce rapport. Jusque-là, il n'y a eu qu'une liquidation nécessaire ; en sorte qu'il est vrai de dire, avec M. Zachariæ (2), que l'accomplissement des formalités et des conditions de la purge doit plutôt être considéré comme un acheminement à l'affranchissement de l'immeuble hypothéqué que comme entraînant par lui-même l'extinction des priviléges et des hypothèques dont cet immeuble était grevé. Il ne faut donc pas prendre notre article à la lettre ; et quand il place l'accomplissement des formalités et des conditions de purgement parmi les causes extinctives des sûretés hypothécaires, il faut se souvenir qu'il fait une simple énumération, et, partant, reconnaître qu'il ne *dispose* pas, qu'il ne préjuge rien sur les effets propres au purgement, lesquels sont réglés d'une manière spéciale dans le chapitre relatif à la purge et notamment par l'art. 2186. Nous n'avons pas à insister, quant à présent, sur ces idées ; nous nous bornons à les indiquer ici, et, sauf à y revenir pour les développer dans le chapitre suivant (voy. art. 2181 et suiv.), nous passons à la dernière des causes d'extinction signalées par l'art. 2180.

---

(1) Voy. MM. Persil (art. 2180, n° 26) ; Delvincourt (*loc. cit.*) ; Grenier (t. II, n° 505) ; Merlin (*Rép.*, v° Hyp., sect. 1, § 13, n° 5) ; Zachariæ (t. II, p. 227, note 5) ; Dalloz (*loc. cit.*, n° 6) ; Troplong (n° 871). — Voy. aussi Cass., 2 mars 1830 et 29 janv. 1855 (S.-V., 30, 1, 342 ; 55, 1, 81).

(2) Voy. M. Zachariæ (t. II, p. 232). — *Junge :* M. Benech (*Du Droit de préférence*, p. 107 et suiv.).

V. — 1241. Les priviléges et hypothèques s'éteignent, enfin, *par la prescription*. Ceci est une application de la règle générale d'après laquelle toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont sujettes à la prescription. Mais il y a, quant à la prescription des priviléges et des hypothèques, deux hypothèses à prévoir : l'immeuble grevé d'hypothèque ou de privilége peut être resté aux mains du débiteur personnel ou de ses héritiers; il peut avoir été acquis ou être possédé par un tiers. L'art. 2180 règle les deux situations et dit comment et à quelles conditions la prescription opère dans l'une et dans l'autre. Il faut s'en occuper successivement; nous parlerons ensuite de l'interruption de prescription dont il est dit un mot dans la disposition finale de l'article; enfin, nous nous expliquerons sur les causes qui suspendent la prescription, et sur la renonciation à la prescription acquise.

VI. — 1242. *Du cas où l'immeuble grevé du privilége ou de l'hypothèque est en la possession du débiteur lui-même*. Dans ce cas, le débiteur acquiert la libération de l'hypothèque ou du privilége par le temps fixé pour la prescription des actions naissant du contrat, de la convention ou de l'événement d'où résulte le privilége ou l'hypothèque. Ainsi, le droit hypothécaire s'éteint par la prescription même qui éteint l'obligation dont l'hypothèque ou le privilége est l'accessoire. Au premier coup d'œil, on serait disposé à critiquer le Code d'avoir fait ici un double emploi avec le nº 1 de l'art. 2180 : car, lorsque cet article a dit, dans sa première disposition, que les priviléges et hypothèques s'éteignent *par l'extinction de l'obligation principale,* il se répète évidemment en disant, dans la quatrième, qu'ils s'éteignent *par la prescription de l'action à laquelle ils sont attachés,* puisque la prescription, d'après l'art. 1234 du Code civil, est comprise parmi les modes généraux d'extinction de l'obligation principale. Pourtant, et c'est la remarque de tous les auteurs, la répétition n'était pas sans quelque utilité : d'une part, le législateur a voulu répudier nettement les traditions de l'ancien droit, et particulièrement la loi *Cum notissimi* (l. 7, au C. *De prescript.*, 30 *vel* 40 *ann.*), d'après laquelle l'action hypothécaire n'était prescriptible que par quarante ans, et survivait ainsi, au moins quand il s'agissait d'hypothèques conventionnelles, pendant dix ans à l'action personnelle, pour devenir l'accessoire de l'obligation naturelle, que la prescription n'atteignait pas. D'une autre part, il a voulu préciser le cas où les immeubles grevés du privilége ou de l'hypothèque sont en la possession du débiteur personnel, pour faire mieux ressortir la différence existant, en ce qui concerne le temps de la prescription, entre ce cas dont nous nous occupons maintenant et celui où les immeubles hypothéqués ou grevés de privilége sont aux mains d'un tiers détenteur (1).

1243. Quoi qu'il en soit, la prescription du privilége ou de l'hypo-

(1) Voy. MM. Zachariæ (t. II, p. 226, note 3); Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 526); Troplong (nºˢ 874 et suiv.); Martou (nº 1345).

thèque, lorsque l'immeuble qui en est grevé est encore en la possession du débiteur personnel ou de ses héritiers, coïncide aujourd'hui avec la prescription de la créance dont l'hypothèque ou le privilége est l'accessoire; la sûreté hypothécaire s'éteint par le même laps de temps que l'action personnelle. Si donc l'hypothèque ou le privilége protégent une action prescriptible par trente ans, suivant le droit commun, l'hypothèque ou le privilége seront frappés de prescription en même temps que l'action éteinte par la prescription trentenaire; et, par conséquent, si l'action est prescriptible par un moindre laps de temps, par exemple par six mois, un an, cinq ans ou dix ans, le privilége ou l'hypothèque est prescrit par l'expiration du même délai, sauf l'effet des interruptions de droit. La Cour de Toulouse a justement décidé, en ce sens, que l'hypothèque légale du mineur est soumise à la même prescription que l'action en rectification du compte de tutelle, et ne s'éteint comme et avec cette action que par la prescription de dix ans (1).

1244. Et ajoutons que, dans le cas particulier où nous sommes placé, l'action hypothécaire est tellement liée à l'action personnelle, que les actes conservatoires de celle-ci ont pour effet direct de conserver aussi la première. De ce que l'art. 2180 mentionne, dans sa quatrième disposition, la prescription comme cause extinctive des priviléges et hypothèques, il ne faut pas conclure qu'il s'agit ici d'une prescription particulière, indépendante de celle de l'action personnelle, et susceptible de s'accomplir, même quand celle-ci se trouve interrompue. Nous savons, en effet, dans quel intérêt et pour quels motifs la loi présente le double emploi qu'on y remarque (voy. n° 1246); que cela ne touche pas au fond des choses et n'empêche pas, tant que les immeubles grevés sont en la possession du débiteur personnel, l'action hypothécaire et l'action personnelle de se fondre ensemble et de vivre d'une vie commune. On peut donc dire, avec les auteurs, que lorsque l'action personnelle est interrompue, la prescription de l'hypolhèque se trouve interrompue par cela même sans que le créancier ait à faire aucun acte particulier et distinct d'interruption, et que conserver la créance contre le débiteur, c'est conserver en même temps le droit à l'hypothèque, qui en est l'accessoire et la garantie (2).

Ceci, du reste, est indiqué ici seulement pour montrer la solidarité qui existe entre les deux actions dans le premier cas de prescription réglé par l'art. 2180. Nous aurons à nous occuper spécialement de l'interruption, après nous être expliqué sur l'autre cas de prescription, au sujet duquel ce même article dispose en second lieu.

VII. — 1245. *Du cas où l'immeuble grevé est en la possession d'un tiers détenteur.* L'action hypothécaire ne pouvant pas, en principe, survivre à l'extinction de l'obligation personnelle, il est naturel que la prescription de l'obligation principale profite au tiers détenteur, en ce

---

(1) Voy. Toulouse, 7 mars 1855 (S.-V., 55, 2, 259).
(2) Voy. MM. Persil (art. 2180, n° 29); Grenier (t. II, n° 510); Dalloz (v° Priv. et Hyp., p. 422, n° 12); Zachariæ (t. II, p. 226, note 3); Troplong (n° 877).

sens que la libération de l'obligé principal par la prescription entraîne extinction du privilége ou de l'hypothèque dont l'immeuble est grevé aux mains du tiers détenteur. La jurisprudence présente des applications nombreuses de cette règle, qui se déduit tout naturellement elle-même du caractère propre au privilége et à l'hypothèque, lesquels constituent des droits essentiellement accessoires (1).

1246. Dans le système des réformes dont les projets étaient discutés en 1850, la loi ne devait pas aller au delà. On n'admettait pas d'autre prescription pour les priviléges et hypothèques que celle de l'obligation ou de l'action dont ils sont l'accessoire; et, soit que l'immeuble hypothéqué fût dans les mains du débiteur, soit qu'il fût possédé par un tiers détenteur, on tenait que, la nature de l'hypothèque restant toujours la même, son existence devait être subordonnée à l'existence de l'obligation. L'art. 2191 du projet, article correspondant à l'art. 2180 du Code civil, exprimait, en effet, dans une disposition qui avait été admise déjà en première et en seconde lecture, et qu'on retrouve dans le projet préparé pour la troisième délibération, « que l'hypothèque n'est pas susceptible de prescription, indépendamment de la prescription de l'obligation principale. » (2)

Mais l'art. 2180 du Code civil va plus loin. Indépendamment de cette prescription concomitante à celle de l'obligation principale, laquelle profite au tiers détenteur, comme on vient de le voir au numéro précédent, il en établit une autre toute spéciale au tiers détenteur, laquelle, tout à fait indépendante de celle de l'obligation principale, agit directement sur les hypothèques et les priviléges sans toucher à cette obligation, et, comme il est dit au texte, « est acquise au tiers détenteur par le temps réglé pour la prescription de la propriété à son profit, sauf que, dans le cas où elle suppose un titre, elle ne commence à courir que du jour où ce titre a été transcrit sur les registres du conservateur. »

Nous préciserons tout d'abord ce qui a trait au délai de la prescription et à son point de départ; nous montrerons ensuite comment l'action hypothécaire et l'action personnelle sont ici profondément indépendantes l'une de l'autre, et comment aussi, malgré le sens apparent du texte, le tiers détenteur auquel sa possession peut faire acquérir par prescription soit la libération de l'immeuble grevé de privilége ou d'hypothèque, soit même la propriété, peut cependant ne prescrire l'un et l'autre droit qu'à des époques et à des intervalles différents.

1247. Le temps nécessaire au tiers détenteur pour acquérir par la prescription la libération de l'immeuble par lui détenu est, d'après le texte de l'art. 2180, le temps même qui serait nécessaire pour la prescription de la propriété à son profit. Ainsi, le tiers détenteur possède-t-il sans titre et même de mauvaise foi, il prescrira l'hypothèque par une possession de trente années, puisque ce délai lui suffirait, en thèse

(1) Voy. Rej., 25 avr. 1826 et 12 févr. 1829; Metz, 5 juill. 1822; Riom, 2 avr. 1816 et 6 juill. 1830. — Voy. aussi MM. Grenier (t. II, n° 519); Dalloz (*loc. cit.*, p. 424, n° 19); Zachariæ (*loc. cit.*, note 2); Troplong (n° 878 *bis*); Martou (n° 1349).

(2) Voy. notamment le Rapport de M. de Vatimesnil (p. 45).

générale, pour prescrire la propriété. Possède-t-il de bonne foi et en vertu d'un juste titre, il prescrira l'hypothèque ou le privilége, comme il prescrirait la propriété, par une possession de dix ou de vingt ans (1). Se trouve-t-il, enfin, dans un cas exceptionnel où la propriété serait susceptible d'être prescrite par un délai plus court, comme s'il avait acquis du possesseur la portion de terrain enlevée par la force du fleuve à la rive opposée, le délai d'un an fixé par l'art. 599 du Code civil, quoique plus court que ceux dont il est parlé dans le troisième alinéa du n° 4 de l'art. 2180, suffira pour la prescription de l'hypothèque. Sous ce dernier rapport, nous ne saurions être de l'avis de M. Delvincourt, qui, dans ce cas, enseigne que si la portion enlevée faisait partie d'un fonds hypothéqué, l'hypothèque ne serait prescrite que par le délai ordinaire de dix ou de vingt ans (2). Le délai d'un an étant suffisant pour éteindre l'action en revendication contre le possesseur, ce même délai d'un an suffit pour éteindre l'action du créancier hypothécaire (3). C'est l'application directe de l'art. 2180 d'après lequel l'hypothèque se prescrit *par le temps réglé pour la prescription de la propriété* (4).

1248. Du reste, cette règle de l'art. 2180 a été parfois critiquée. En présence du système de publicité consacré par la loi nouvelle, a-t-on dit, tout tiers détenteur doit être réputé avoir connaissance des droits hypothécaires affectant l'immeuble qu'il acquiert, et dès lors il ne saurait avoir la bonne foi légale nécessaire pour la prescription de dix ou de vingt ans. Sous un régime hypothécaire où tout est mis en œuvre pour faire connaître aux tiers, par l'inscription, l'existence des hypothèques grevant la propriété, on ne peut se prévaloir d'aucune ignorance à cet égard. Le registre du conservateur des hypothèques est un document public réputé connu de tous; sous ce rapport, le tiers détenteur est constitué dans un état de mauvaise foi légale qui ne lui permet d'invoquer que la seule prescription de trente ans. Ces idées ont prévalu en Belgique, et l'art. 108 de la loi du 16 décembre 1851, modifiant les termes de notre art. 2180, dispose que la prescription « n'est acquise au tiers détenteur que par le temps requis pour la prescription la plus longue des droits immobiliers. » (5)

---

(1) Il a été jugé que la prescription décennale du privilége de la séparation de patrimoines ne court au profit du tiers détenteur de l'immeuble grevé de ce privilége que s'il est de bonne foi; et qu'il n'est pas de bonne foi s'il résulte des termes de son contrat d'acquisition, souverainement appréciés par les juges du fait, qu'il avait connaissance de la créance et du privilége qui la protégeait. Req., 7 août 1860 (S.-V., 61, 1, 257; Dall., 60, 1, 506; *J. Pal.*, 1861, p. 760). Voy. aussi MM. Aubry et Rau (t. II, p. 920; 4e édit., t. III, p. 490); Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. V, p. 256, note 4). Voy. *infrà*, n° 1250.

(2) Voy. M. Delvincourt (t. III, note 3 de la page 182).

(3) Voy., en ce sens, M. Troplong (n° 878).

(4) Voy., au surplus, des applications diverses de cette règle dans les arrêts de la Cour de cassation des 1er août 1810, 25 août 1835; de la Cour de Grenoble, du 22 août 1834, et de la Cour de Bordeaux, du 15 janv. 1835 (Dall., 36, 1, 93; S.-V., 35, 2, 248 et 301).

(5) Voy. MM. Delebecque (*Comm. législ.*, p. 372 et suiv.); Martou (t. IV, p. 5 et n° 1350).

Cependant, il faut le dire, dès que la loi adoptait le parti de consacrer, en faveur du tiers détenteur, une prescription spéciale et indépendante de celle qu'entraîne naturellement la prescription de l'obligation principale, il était tout simple de s'arrêter au terme qu'elle a pris. C'était le terme indiqué par la tradition; car déjà, d'après la loi romaine, l'action hypothécaire se prescrivait, au profit du tiers détenteur, par des délais différents, suivant qu'il possédait de bonne ou de mauvaise foi. C'était le terme également indiqué par la nature des choses ; car il s'agit ici d'une prescription *acquisitive* (puisque le fait de la possession y est exigé outre le laps de temps) qui a pour objet de faire acquérir au tiers détenteur le démembrement de la propriété que les créanciers hypothécaires retiennent. Or, puisque la propriété elle-même se prescrit par des délais différents suivant que la possession est de bonne ou de mauvaise foi, et suivant qu'elle est exercée avec ou sans titre, quoi de plus simple que de régler sur ces mêmes délais et d'après les mêmes distinctions la prescription d'un droit qui n'est après tout qu'un portion de la propriété? La disposition de la loi se justifie donc théoriquement.

1249. Mais l'application n'est pas sans quelques embarras. Il faut tenir compte des circonstances qui peuvent agir sur le délai de la prescription et sont susceptibles de le prolonger ou de l'abréger. Un acte émané du tiers détenteur et qui changerait les relations existant entre lui et les créanciers privilégiés ou hypothécaires fera naître une de ces circonstances. Par exemple, un tiers détenteur possédant en vertu d'un titre fait notifier ce titre aux créanciers, avec offre de payer conformément à la loi; pourra-t-il, après cela, invoquer la prescription de dix ou de vingt ans? Non, car la notification du titre implique, de la part du tiers détenteur, un engagement personnel (voy. n° 1187) qui rentre dans la règle d'après laquelle les actions personnelles dérivant des contrats se prescrivent, en thèse générale, par trente ans (art. 2262). Donc le tiers détenteur qui notifie son contrat aux créanciers inscrits, avec offre, conformément à la loi, de payer les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence de son prix, contracte envers eux une obligation personnelle ayant pour effet de transformer l'action hypothécaire prescriptible par dix ou vingt ans, en une action personnelle soumise seulement à la prescription de trente ans (1).

1250. La bonne foi est encore une circonstance à considérer pour déterminer le temps de la prescription; mais elle agit en sens inverse

(1) Voy. Riom, 2 janv. 1858 (*J. Pal.*, 1858, p. 644; Dall., 58, 2, 136; S.-V., 58, 2, 188). Voy. aussi MM. Grenier (t. II, n° 516); Dalloz (*Priv. et Hyp.*, p. 424, n° 20); Henrion et Fœlix (*Rent. fonc.*, n° 200). Il a été jugé de même que le tiers détenteur qui, par son contrat d'acquisition, s'est obligé à payer le prix de vente aux créanciers inscrits, se trouve tenu envers eux en vertu d'une obligation personnelle qui n'est prescriptible que par trente ans, et non en vertu d'une obligation hypothécaire prescriptible par dix ou vingt ans. Req., 11 mai 1863 (S.-V., 64, 1, 357; *J. Pal.*, 1864, p. 994; Dall., 64, 1, 191). — Voy. cependant Rej., 6 mai 1840; Bourges, 3 févr. 1843; Douai, 17 nov. 1863 (S.-V., 40, 1, 809; 44, 2, 35; 64, 2, 253; *J. Pal.*, 1864, p. 1183).

en ce que, lorsqu'elle peut être invoquée par le tiers détenteur qui possède en vertu d'un juste titre, elle abrége le délai en rendant applicable la prescription de dix ou de vingt ans (1). Quand donc y a-t-il bonne foi, et en quoi consiste-t-elle? Comme la prescription dont il s'agit ici s'exerce en réalité contre ceux dont les créances grèvent hypothécairement l'immeuble détenu par le tiers acquéreur, et nullement contre le propriétaire, il faut induire que la bonne foi consiste, pour le tiers détenteur, dans son ignorance des droits des créanciers hypothécaires ou privilégiés. Par suite celui-là doit être considéré comme n'étant pas de bonne foi qui, au moment de son acquisition, a su positivement, n'importe comment, que des créanciers avaient un droit réel d'hypothèque ou de privilége sur l'immeuble par lui acquis. Ainsi, nous ne disons pas avec quelques auteurs que la mauvaise foi n'existe qu'autant que les hypothèques et priviléges ont été expressément déclarés dans l'acte de vente et mis à la charge du tiers acquéreur (2), car il n'y a aucun motif pour traiter plus favorablement celui dont le contrat d'acquisition ne parle pas des hypothèques grevant l'immeuble que celui dont le contrat a déclaré ces charges, quand il est certain que de fait il en a connu l'existence. Nous ne disons pas non plus, en sens inverse, avec d'autres auteurs, que la seule existence d'inscriptions au moment de la vente constitue l'acquéreur en état de mauvaise foi en ce qu'elle forme preuve contre lui qu'il a eu connaissance des droits hypothécaires (3), car une inscription peut subsister bien que la créance hypothécaire ait été payée (4). La vérité sur ce point, qui d'ailleurs se résume en une question de fait plutôt que de droit, est que si la preuve est faite que l'acquéreur a eu connaissance positive des hypothèques ou des priviléges grevant l'immeuble par lui acquis, il n'est pas, de quelque manière qu'il ait obtenu cette connaissance, dans le cas d'invoquer la bonne foi qui lui permettrait de se prévaloir contre les créanciers privilégiés ou hypothécaires de la prescription de dix ou de vingt ans (5). Mais il faudra que la preuve soit faite par les créanciers, car la bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver (art. 2268). En outre, la preuve devra établir que l'acquéreur a eu connaissance, *au moment même de son acquisition,* des charges hypothécaires grevant l'immeuble par lui acquis, car, comme il suffit que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition (art. 2269), la

---

(1) Voy. cependant M. Duranton, qui enseigne, mais à tort évidemment, que la bonne foi n'est pas nécessaire pour la prescription des hypothèques par dix ou vingt ans (t. XX, n° 315).

(2) Voy. MM. Delvincourt (*loc. cit.*); Grenier (t. II, n° 515); Vazeille (*De la Prescript.*, n° 514).

(3) Voy. M. Troplong (n° 882).

(4) Voy. Caen, 22 août 1821; Bourges, 31 déc. 1830; Bordeaux, 15 janv. 1835; Riom, 19 avr. 1837; Nîmes, 19 févr. 1839 (Dall., 31, 2, 122; S.-V., 35, 2, 248; 39, 2, 381 et 455). — Voy. aussi MM. Persil (art. 2180, n° 32); Grenier (t. II, n° 514); Dalloz (*loc. cit.*, n° 15); Zachariæ (t. II, p. 229, note 4).

(5) Voy. Req., 7 août 1860 (Dall., 60, 1, 506; S.-V., 61, 1, 257; *J. Pal.*, 1861, p. 760). Voy. aussi MM. Aubry et Rau (t. II, p. 920 et suiv.; 4ᵉ édit., t. III, p. 491 et suiv.); Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. V, p. 256, note 4).

connaissance qu'il aurait obtenue ultérieurement ne serait d'aucune considération (1).

1251. Ainsi fixés sur le délai de la prescription, voyons quel en est le point de départ. En thèse générale, comme c'est la possession plus ou moins prolongée qui fonde la prescription, le jour même de l'entrée en possession est pris pour point de départ du délai à l'expiration duquel la prescription se trouve accomplie. Telle est la règle invariable lorsqu'il s'agit de prescrire la *propriété*. Ainsi l'usurpateur, qui ne peut prescrire contre le véritable propriétaire qu'après avoir possédé dans les conditions légales pendant trente années, trouve le point de départ de ces trente années dans le jour même où il a pris possession ; pour celui qui, ayant acquis de bonne foi et par juste titre, prescrit la propriété par une possession de dix ou de vingt années, le point de départ de ce délai se place également à la date de son acquisition, etc.

Mais là n'est plus la règle invariable lorsqu'il s'agit, pour le tiers détenteur, de prescrire la libération de l'immeuble contre les créanciers ayant sur cet immeuble un droit hypothécaire. Si la prescription court pour lui du jour où sa possession a commencé, cela n'est vrai que dans le cas où il doit prescrire par une possession de trente années. Car, dans le cas où la prescription suppose un titre, et par conséquent lorsqu'il s'agit de la prescription de dix ou de vingt ans, elle ne court, pour le tiers détenteur, que du jour où le titre a été transcrit sur les registres du conservateur : c'est la disposition formelle de l'art. 2180 (2).

1252. Mais on se demande quels sont les motifs de l'exception, et pourquoi la loi veut que la prescription de l'hypothèque, dans ce dernier cas, ne commence à courir qu'à dater de la transcription du titre. Quant à nous, nous ne pouvons nous défendre de voir dans cette disposition une trace du système exposé dans notre explication des articles 2106 et 2108, et une preuve à l'appui de ce système. Remarquons, en effet, que l'art. 2180 parle de la transcription, non point pour exiger l'accomplissement de la formalité dans l'intérêt particulier qu'il a en vue et sur lequel il statue, mais comme on parlerait d'une formalité qui devrait être remplie en vertu d'une disposition ou d'un principe préexistant : « Dans le cas, dit-il, où la prescription suppose un titre, elle ne commence à courir *que du jour* OU IL A ÉTÉ *transcrit* sur les registres du conservateur. » Quand la loi dispose en ces termes, on peut induire que, se reportant à cette transcription *translative* dont la nécessité avait été reconnue et votée dans la discussion du Code, bien qu'en fait l'article du projet (art. 91) qui la consacrait ne se re-

---

(1) Voy. les autorités citées à l'avant-dernière note. — *Junge :* Caen, 26 août 1825; Bourges, 17 avr. 1839 (Dall., 28, 2, 219; S.-V., 39, 2, 449).

(2) Jugé, en conséquence, que le tiers détenteur qui n'a pour titre qu'un acte sous seing privé non transcrit ne peut être admis à prouver que cet acte a acquis date certaine, pour en conclure qu'il a possédé pendant un temps suffisant pour prescrire. Req., 2 mars 1830 (S.-V., 30, 1, 342). — Mais il faut naturellement excepter les cas analogues à celui dont nous parlons au n° 1249, où le tiers détenteur aurait changé les conditions de sa possession par un acte émané de lui. Le point de départ de la prescription serait, dans ce cas, à la date même de l'acte, ainsi que le décide l'arrêt de la Cour de Riom cité à ce numéro 1249.

trouve pas dans la rédaction définitive (voy. *suprà,* nos 256 et suiv.), le législateur ne fait que formuler la conséquence du principe. En ce sens, l'art. 2180 s'expliquerait par cette idée que la propriété résidant toujours, *vis-à-vis des tiers,* sur la tête de l'ancien propriétaire tant que la vente n'est pas transcrite, le créancier, qui est un tiers par rapport à l'acquéreur, n'a pas besoin d'agir et ne peut même pas agir contre lui pour se mettre à l'abri d'une prescription qui ne pourra courir, au profit de ce dernier, que du jour où la transcription lui aura transporté la propriété au regard des tiers. Mais, nous devons le reconnaître, les auteurs ne s'arrêtent pas à ce point de vue; et, sauf de très-rares exceptions (1), ils enseignent que la transcription est ici *exigée* (expression qui ne reproduit pas le texte de la loi, lequel implique un simple *rappel*) pour avertir les tiers, créanciers hypothécaires, que l'immeuble grevé à leur profit a changé de mains, et porter à leur connaissance, d'une manière spéciale et toute particulière, cette transmission dont, au grand péril de leurs droits, ils pourraient ignorer l'existence, par exemple si le débiteur principal continuait à jouir comme locataire, comme usufruitier, ou à un autre titre quelconque, nonobstant l'aliénation (2).

1253. Nos observations, en ce qui concerne la prescription des priviléges ou hypothèques par un tiers détenteur, seraient incomplètes si nous ne faisions remarquer qu'il n'y a ici aucune solidarité, sous le rapport de la prescription, entre l'action hypothécaire et l'action personnelle, *au moins dans le cas spécialement réglé par la deuxième disposition du n° 4 de l'art.* 2180. Cette réserve est importante à noter; car si, au lieu de ce cas, on suppose celui dont nous parlons au n° 1245, où la prescription de l'hypothèque ou du privilége se produit, au profit du tiers détenteur, par voie de conséquence et uniquement parce que le débiteur a obtenu, par la prescription, la libération de l'obligation principale, il y aurait, au contraire, une corrélation nécessaire entre les deux actions. Cela a été reconnu par la Cour d'Agen, dans un arrêt remarquable duquel il résulte que le tiers détenteur qui prétend que l'action hypothécaire du créancier contre lui est éteinte *par suite de la prescription de l'obligation principale à l'égard du débiteur,* est passible de toutes les exceptions qui seraient opposables à ce dernier, notamment de l'interruption de la prescription résultant de reconnaissances de sa part, même alors que ces reconnaissances ressortiraient d'actes sous seing privé n'ayant pas acquis date certaine, le tiers détenteur devant, en un tel cas, être réputé non un tiers, mais l'ayant cause du débiteur des droits duquel il se prévaut (3).

Mais si nous restons dans les termes de la deuxième disposition de l'art. 2180, c'est-à-dire dans le cas où la prescription invoquée par

---

(1) Voy. MM. Tarrible (*Rép.*, v° Rad. des hyp., n° 8); Hureaux (*Ét. sur le Code civil,* t. I, n° 190).

(2) Voy. MM. Delvincourt (*loc. cit.*); Grenier (*loc. cit.*); Persil (art. 2180, n° 34); Dalloz (*loc. cit.*, n° 18); Troplong (n° 883); F. Berriat Saint-Prix (*Not. théor.*, n° 8864).

(3) Voy. Agen, 7 sept. 1857 (*J. Pal.*, 1858, p. 607).

le tiers détenteur est celle qui est spécialement établie en sa faveur, celle qui agit directement sur les hypothèques ou les priviléges sans toucher à l'obligation principale (voy. *suprà,* nº 1246), les deux actions, nous le répétons, sont profondément indépendantes l'une de l'autre. Cela aussi est reconnu par la jurisprudence, d'après laquelle les actes interruptifs de la prescription qui court au profit du débiteur personnel n'arrêtent pas le cours de la prescription de l'action hypothécaire, et réciproquement l'interruption de l'action hypothécaire contre le tiers détenteur n'empêche pas que la prescription de l'action personnelle ne suive son cours (1).

1254. Il y a encore un autre point à noter, et sur lequel les termes mêmes de l'art. 2180 pourraient faire prendre le change. On y lit, en effet, que, quant aux biens qui sont dans les mains d'un tiers détenteur, la prescription est acquise à ce dernier *par le temps réglé pour la prescription de la propriété à son profit.* Or, prise à la lettre, cette disposition conduirait à l'idée que la prescription de l'hypothèque se confond avec la prescription de la propriété. Telle n'est pas évidemment la pensée de la loi. Le législateur n'a pas voulu dire que la prescription de l'hypothèque est acquise au tiers détenteur par la prescription de la propriété à son profit : la formule dont il s'est servi a eu pour objet uniquement d'indiquer que les deux prescriptions sont assimilées en ce qui concerne le délai par lequel elles s'accompliront l'une et l'autre. A cela près, les deux prescriptions sont tout à fait distinctes, et chacune d'elles doit être appréciée eu égard au droit qu'elle a spécialement pour objet et à la personne contre laquelle il s'agit de prescrire. D'après cela, on comprend que le tiers acquéreur auquel sa possession peut faire acquérir par prescription soit la libération de l'immeuble grevé de priviléges ou d'hypothèques entre ses mains, soit même la propriété, pourra cependant ne prescrire l'un et l'autre droit qu'à des époques et à des intervalles différents.

Ainsi Paul achète de bonne foi un immeuble dont Pierre, vendeur, se dit propriétaire, et qui cependant appartient à Joseph ; Jacques, créancier hypothécaire, est inscrit sur cet immeuble ; Paul, dont l'acte d'acquisition est à la date du 1er février 1868, a fait transcrire son titre le 1er février 1869 : dans cette position, Paul aura acquis la prescription de la *propriété* contre Joseph le 1er février 1878 ; mais il n'aura pas encore prescrit l'*hypothèque* contre Jacques, dont le droit hypothécaire ne sera éteint par la prescription que le 1er février 1879. Pourquoi cette différence? C'est que la prescription devant être appréciée eu égard au droit qu'il s'agit de prescrire et d'après les règles propres à la prescription de ce droit, le créancier hypothécaire a sur le propriétaire l'avantage, dans l'espèce posée, sinon d'un délai plus long, au moins d'un point de départ plus reculé, puisque la prescription n'a pu commencer à son égard qu'à partir de la transcription du titre de Paul,

(1) Voy. Toulouse, 22 mars 1821; Metz, 5 juill. 1822; Riom, 6 juill. 1830; Bordeaux, 11 mars 1852 (Dall., 53, 2, 52). — Voy. encore MM. Troplong (nº 878 *bis*); Martou (nº 1364); Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 529).

c'est-à-dire le 1er février 1869, tandis qu'elle a commencé contre le propriétaire à la date même de l'acquisition faite par Paul, c'est-à-dire le 1er février 1868.

En modifiant notre espèce, supposons que Joseph, véritable propriétaire de l'immeuble vendu à Paul, soit domicilié à Paris où est situé cet immeuble, et que Jacques, créancier hypothécaire, ait son domicile à Caen : dans ce cas, la propriété sera prescrite contre Joseph le 1er février 1878, mais l'hypothèque restera encore sur l'immeuble (sauf, bien entendu, l'obligation de la conserver par le renouvellement) jusqu'au 1er février 1889. Pourquoi cela? Parce que la prescription devant être appréciée eu égard à la personne contre laquelle il s'agit de prescrire, le créancier hypothécaire, domicilié qu'il est hors du ressort de la Cour d'appel dans l'étendue de laquelle son gage est situé, a un droit qui n'est prescriptible que par vingt ans à partir de la transcription du titre de Paul, tandis que la prescription de la propriété est acquise contre le propriétaire, dont le domicile est dans le ressort et au siége même de la Cour d'appel, par une possession de dix années, lesquelles commencent le jour même de l'acquisition.

Ces applications pourraient être multipliées; toutefois celles-ci suffisent pour montrer comment la prescription de la propriété et la prescription de l'hypothèque sont aussi indépendantes l'une de l'autre que l'action personnelle et l'action hypothécaire dont nous avons parlé au numéro précédent. Et, sans insister davantage, nous compléterons le commentaire de l'art. 2180, et spécialement l'exposé des règles relatives aux deux cas réglés par le n° 4, par quelques observations sur la suspension de la prescription, sur son interruption, et sur la renonciation à la prescription acquise.

VIII.—1255. La suspension de la prescription a lieu dans les divers cas énumérés par les art. 2252 et suivants du Code civil. Toutefois, la règle n'est pas absolue, et, pour l'un de ces cas du moins, celui de l'art. 2257, d'après lequel la prescription ne court pas à l'égard *d'une créance* dont l'exigibilité est suspendue par un terme ou par une condition, il faut faire la distinction indiquée par Mercadé dans son commentaire de la *Prescription* (voy. art. 2257, n° 2), et résultant, d'ailleurs, des termes mêmes de cet article. Il ne parle que de la *créance;* donc la disposition n'en est pas faite pour les *droits réels* dont l'exercice est subordonné à un terme ou à une condition. D'après cela, si l'immeuble grevé de privilége ou d'hypothèque est aux mains du débiteur principal lui-même, l'art. 2257 est applicable; et dès que l'hypothèque garantit une créance non exigible, le créancier n'a rien à faire pour la conservation de son droit, puisque son débiteur ne peut prescrire tant que la condition qui suspend l'exigibilité n'est pas réalisée ou le terme échu. Au contraire, si l'immeuble grevé est aux mains d'un tiers détenteur, l'art. 2257 n'est pas applicable; car il s'agit, pour le tiers détenteur, non point de la libération d'une dette, mais de l'acquisition d'un *droit réel,* puisque l'objet de la prescription, pour lui, c'est l'acquisition du démembrement de la propriété que le privilége ou

l'hypothèque a mise aux mains du créancier. Or l'art. 2257, nous le répétons, n'est pas fait pour les *droits* conditionnels ou à terme; il est fait en vue des *créances* dont l'exigibilité est suspendue par un terme ou par une condition. Nous ne saurions donc admettre la jurisprudence de la Cour de cassation d'après laquelle la disposition de l'art. 2257 serait relative non-seulement à l'action du créancier contre le débiteur personnel, mais encore à l'action hypothécaire contre le tiers détenteur (1); et nous nous rattachons d'autant plus à la distinction ci-dessus indiquée, laquelle est admise par nombre d'arrêts de Cours d'appel et par la presque unanimité des auteurs (2), que le créancier, ayant vis-à-vis du tiers détenteur cette action d'interruption dont nous parlons plus haut (voy. n° 1126), il ne saurait se mettre à l'abri de la maxime : *Contrà non valentem agere non currit prescriptio.*

IX. — 1256. Quant à l'interruption de prescription, elle est mentionnée dans l'art. 2180. « Les inscriptions prises par le créancier, y est-il dit, n'interrompent pas le cours de la prescription établie par la loi en faveur du débiteur ou du tiers détenteur. » Ainsi, la loi parle de l'interruption, non pas pour dire quand et comment elle aura lieu, mais uniquement pour indiquer qu'en toute hypothèse, soit que le débiteur ait conservé la propriété de l'immeuble, soit que l'immeuble soit aux mains d'un tiers détenteur, la prescription suivra son cours nonobstant toutes inscriptions qui auraient été prises par le créancier. Au premier aperçu, on ne croirait pas ceci logiquement déduit des principes. La prescription, en général, est fondée sur une présomption de renonciation de la part du créancier; or, celui-là n'est pas censé renoncer qui, en prenant inscription, manifeste précisément, au contraire, la volonté de conserver son droit pour l'exercer au besoin et le cas échéant. Mais il résulte de l'art. 2244 du Code civil que l'interruption de la prescription ne peut être produite que par des actes judiciaires dirigés *contre la personne* même de celui qui pourrait un jour invoquer la prescription; et comme l'inscription est faite à l'insu soit du débiteur, soit du possesseur, sans leur être notifiée, l'art. 2180 est dans la vérité des principes en disposant qu'en aucun cas les inscriptions ne seront considérées comme des actes interruptifs.

---

(1) Voy. Cass., 4 mai 1846; Req., 16 nov. 1857 (Dall., 47, 1, 255; 58, 1, 54; *J. Pal.*, 1846, t. II, p. 25; S.-V., 46, 1, 482; 58, 1, 397). — *Junge :* Besançon, 19 déc. 1855 (*J. Pal.*, 1856, t. I, p. 33; S.-V., 56, 2, 299). — Voy. aussi MM. Maleville (art. 2180); Vazeille (*De la Prescr.*, t. II, n° 516). D'autres auteurs suivent cette jurisprudence et se prononcent pour la suspension de la prescription du tiers détenteur, lorsqu'il s'agit de biens grevés de substitution. Voy. MM. Grenier (*Donat.*, n° 383); Vazeille (t. I, n° 303); Coin-Delisle (art. 1048, n° 31).

(2) Voy. Grenoble, 10 mars 1827; Bordeaux, 15 janv. 1835; Pau, 22 nov. 1856 (S.-V., 28, 2, 41; 35, 2, 248; 57, 2, 286; Dall., 57, 2, 60). — *Junge :* MM. Delvincourt (t. II, p. 846, notes); Persil (art. 2180, n° 36); Toullier (t. VI, n°s 527 et 528); Grenier (t. II, n° 518); Proudhon (*Usuf.*, t. IV, n°s 2132, 2138); Dalloz (*Priv. et Hyp.*, p. 425, n° 21); Battur (t. IV, n° 775); Zachariæ (t. I, § 214); Duranton (t. XXI, n°s 328, 329); Fréminville (t. I, n° 440); Taulier (t. VII, n° 472); Troplong (n°s 780, 886, et *Prescr.*, n°s 791 et suiv.); Fœlix et Henrion (*Rent. fonc.*, n° 205); Rolland de Villargues (v° Hyp., n° 646, et *Prescr.*, n° 434); Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 528); G. Demante (*Rev. crit.*, t. IV, p. 455).

Comment donc le créancier privilégié ou hypothécaire interrompra-t-il la prescription qui, en s'accomplissant, pourrait éteindre son droit? Il faut distinguer.

1257. Supposons d'abord qu'il s'agisse d'une créance non exigible. Dans ce cas, il n'y a pas à interrompre la prescription si l'immeuble grevé du privilége ou de l'hypothèque est resté la propriété du débiteur personnel, puisque alors la prescription ne court pas contre le créancier tant que le terme n'est pas échu ou la condition réalisée (voy. n° 1255). Mais si l'immeuble est aux mains d'un tiers détenteur, la prescription court, au contraire, au profit de ce dernier. Le créancier devra donc l'interrompre s'il veut éviter qu'elle lui soit opposée un jour. Et le moyen d'interruption sera d'obtenir la reconnaissance volontaire ou judiciaire dont il est question à l'art. 2173. Ceci est expliqué dans notre commentaire de cet article (voy. *suprà*, n° 1184).

1258. Supposons maintenant qu'il s'agisse d'une créance exigible, ou devenue telle par la réalisation de la condition ou l'échéance du terme, on distinguera de même entre le cas où la prescription court au profit du débiteur personnel resté propriétaire de l'immeuble grevé, et celui où elle court au profit d'un tiers détenteur de cet immeuble. Dans le premier cas, comme l'action personnelle et l'action réelle sont solidaires (voy. *suprà,* n° 1244), la prescription de l'hypothèque ou du privilége sera interrompue, comme celle de la créance elle-même, de la manière indiquée dans les art. 2244 et suivants du Code civil. Dans le second cas, c'est-à-dire si c'est contre un tiers détenteur devenu propriétaire qu'il s'agit d'interrompre la prescription, l'interruption résultera de tous actes susceptibles de troubler la possession du tiers détenteur. Ainsi en sera-il, d'après la jurisprudence, de la sommation faite à l'adjudicataire, tiers détenteur, de procéder à l'ouverture de l'ordre (1), et, à plus forte raison, d'une signification de la réquisition d'ouverture d'un ordre faite à l'acquéreur avec déclaration que les opérations de l'ordre seront poursuivies, et sommation de faire valoir ses droits audit ordre (2).

1259. Mais on s'est demandé si la sommation de délaisser ou de payer faite au tiers détenteur conformément à l'art. 2169 est par elle-même interruptive de la prescription. La raison de douter vient de ce qu'en général une sommation n'a pas le caractère de la citation en justice, du commandement, ou de la saisie dont parle l'art. 2244 ; et cette considération avait amené la Cour de cassation à se prononcer tout d'abord pour la négative (3). Mais la raison de décider en sens contraire c'est, comme l'a dit la Cour de cassation elle-même, revenue plus tard sur sa première jurisprudence, que la sommation spéciale dont il s'agit à l'art. 2169, quoique non assujettie à la forme particulière du commandement, n'en a pas moins, à l'égard du tiers détenteur auquel elle est signifiée, les effets du commandement, puisque

(1) Voy. Grenoble, 2 juin 1831. — *Junge :* M. Troplong (*De la Prescr.*, n° 567).
(2) Voy. Riom, 2 janv. 1858 (*J. Pal.*, 1858, p. 644).
(3) Voy. Rej., 7 nov. 1838 (S.-V., 39, 1, 428).

c'est à partir de cette sommation que court le délai accordé au nouveau propriétaire par l'art. 2183 (voy. *infrà* le commentaire de cet article) pour purger les hypothèques, et qu'à compter de cet acte il est tenu de demander la discussion du débiteur et doit tenir compte des fruits de l'immeuble hypothéqué (1). Tous ces effets, inhérents à la sommation prescrite par l'art. 2169, constituent bien un trouble à la possession du tiers détenteur; c'est donc à bon droit qu'on tient la sommation pour interruptive de la prescription.

Mais elle perdrait cet effet si, les poursuites étant abandonnées pendant trois ans, elle venait à être frappée de la péremption virtuellement établie par l'art. 2176. La sommation périmée est considérée comme non avenue à l'effet de faire acquérir aux créanciers les fruits produits par l'immeuble à dater du jour où elle a été faite (voy. *suprà,* nº 1211). Par identité de raison, elle sera non avenue également à l'effet de produire en faveur de ces créanciers l'interruption de la prescription qui a couru contre eux (2).

X. — 1260. Enfin, lorque la prescription est acquise, le débiteur ou le possesseur au profit duquel elle s'est accomplie y peut certainement renoncer. Les principes sont ici les mêmes que ceux qui régissent la renonciation faite en sens inverse, c'est-à-dire la renonciation par laquelle le créancier abandonne ou remet le privilége ou l'hypothèque qui garantit sa créance (voy, *suprà,* nºs 1232 et suiv.) Un seul point a présenté quelque difficulté : c'est celui de savoir si la notification faite aux créanciers par le tiers détenteur, avec offre de payer, implique de sa part une renonciation à une prescription qu'il aurait acquise. Nous avons dit plus haut qu'une telle notification, lorsqu'elle émane d'un tiers détenteur possédant avec bonne foi et en vertu d'un juste titre, a pour effet de changer les conditions de la prescription en ce sens qu'au lieu d'être acquise par une possession de dix ou de vingt ans, elle ne peut plus l'être que par une possession trentenaire (voy. nº 1249). Nous ne croyons pas qu'on puisse aller au delà, et par conséquent nous n'admettons pas que la notification implique renonciation à la prescription acquise. Comme on l'a dit très-bien et comme le décide la jurisprudence, l'offre du tiers détenteur est toute conditionnelle et essentiellement subordonnée à la conservation du droit hypothécaire des créanciers auxquels est elle faite : elle ne préjuge rien sur l'existence de ce droit, et n'enlève à l'acquéreur aucune des exceptions par lesquelles il en peut écarter l'exercice (3).

---

(1) Voy. Rej., 27 déc. 1854 (*J. Pal.*, 1855, t. II, p. 301). Voy., en ce sens, MM. Zachariæ (t. II, p. 229 et note 6); Dalloz (*loc. cit.*, p. 424, nº 23); Grenier (t. II, nº 517); Troplong (nº 883 *bis*); Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 529); Martou (nº 1361).

(2) Voy. Toulouse, 22 mars 1821 (S.-V., 21, 2, 348).

(3) Voy., en ce sens, Rej., 6 mai 1840; Bourges, 3 févr. 1843 (S.-V., 40, 1, 809; 44, 2, 35). — *Junge :* M. Martou (nº 1365). — Voy. cependant MM. Grenier (nº 116); Duranton (t. XX, nº 321); Troplong (nº 887 *ter*).

CHAPITRE VIII

DU MODE DE PURGER LES PROPRIÉTÉS DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

I. 1261. La purge est un moyen offert au nouveau propriétaire de conserver l'immeuble complétement affranchi, en ne payant les créanciers inscrits que jusqu'à concurrence de son prix ou de la somme par lui déclarée, moyennant que l'offre soit acceptée par les créanciers. — 1262. Ce moyen est d'origine française.

II. 1263. La procédure actuelle de la purge apparaît dans notre ancien droit français sous deux aspects divers : les décrets volontaires et les lettres de ratification. — 1264. Des décrets volontaires; ce qu'ils étaient. Des lettres de ratification; en quoi consistait le moyen. — 1265. La loi nouvelle s'est inspirée de ce dernier moyen, en le mettant en rapport avec les principes fondamentaux du nouveau régime hypothécaire. Système de la loi de brumaire an 7.

III. 1266. Lors de la discussion du Code, et plus récemment lors des discussions sur les réformes du régime hypothécaire, des doutes ont été élevés sur la légitimité de la purge; mais ces doutes ont été dissipés; — 1267. Et la purge a été organisée sur les bases de la loi de brumaire, sauf en ce qui concerne la purge des hypothèques non inscrites, pour lesquelles le Code a organisé une procédure particulière. Transition.

I. — 1261. Après avoir précisé les causes extinctives des priviléges et hypothèques, le législateur reprend ici la série interrompue (voy. *suprà,* nº 1220) des dispositions sur les partis à prendre par le tiers détenteur qui acquiert la propriété totale ou partielle d'immeubles affectés hypothécairement. De ces partis, au nombre de deux, l'un, sur lequel disposent les art. 2167 et 2178 ci-dessus commentés, place le tiers détenteur dans l'alternative soit de payer la totalité de la dette hypothécaire ou de délaisser l'immeuble grevé, soit de subir l'expropriation, sauf le droit qu'il peut avoir, suivant les circonstances, de l'écarter provisoirement ou même définitivement, en opposant certaines exceptions (voy. *suprà,* nºs 1127 et suiv.). Le second parti, auquel se réfèrent les articles dont nous abordons maintenant le commentaire, va nous montrer le tiers détenteur dans une situation à bien des égards meilleure, en ce qu'il lui procure le moyen d'éviter soit le délaissement, soit l'expropriation, et de conserver l'immeuble par lui acquis, de le conserver libre et affranchi, sans acquitter néanmoins la totalité des créances hypothécairement garanties par cet immeuble, si son prix d'acquisition (ou la valeur représentative qu'il doit offrir quand son titre d'acquisition ne suppose pas un prix) ne suffit pas à les couvrir : ce moyen, c'est la purge.

1262. C'est un moyen d'origine française. Quelque favorable qu'il fût au développement de la propriété, le droit romain n'offrait au tiers détenteur, *par suite d'aliénation volontaire,* aucune combinaison à l'aide de laquelle il pût payer sûrement son prix et soustraire les biens par lui acquis à l'action hypothécaire des créanciers de son vendeur. Sans doute, *dans les ventes publiques* poursuivies d'autorité du magistrat (*subhastationes*), les créanciers étaient avertis par des signes publics (*programmate publico*); et ceux qui étant présents et ainsi avertis n'exerçaient pas leur droit hypothécaire, pouvaient être considérés

comme l'ayant perdu : *Possunt videri obligationem pignoris amisisse* (l. 6, C. *De remiss. pign.*). Mais il n'y avait rien de semblable pour les aliénations volontaires; le tiers détenteur, comme le dit M. Benech (1), n'avait aucun moyen de forcer les créanciers à se produire et à se manifester dans un délai déterminé, sous peine de perdre leur droit de suite ou action hypothécaire; et tant qu'il n'avait pas la certitude que la vente lui avait été consentie par le créancier le plus ancien (le seul, comme nous le disons au n° 1143, qui eût la faculté de faire vendre le gage), il restait constamment exposé à l'action hypothécaire par l'effet de laquelle il pouvait à chaque instant être dépossédé.

II. — 1263. Dans notre ancien droit français, il en fut autrement. On y comprit bientôt que le crédit public et l'agriculture sont également intéressés à ce que la propriété ne reste pas incertaine et précaire. On voulut donc qu'en toute hypothèse, et même dans le cas d'aliénation volontaire, l'acquéreur eût la possibilité de mettre le bien par lui acquis à l'abri de l'action hypothécaire. De là les deux moyens qui se sont succédé dans notre ancienne jurisprudence française, et qui présentent les deux aspects sous lesquels est apparue dans notre ancien droit la procédure qualifiée, dans notre droit moderne, de *purge des hypothèques et des priviléges :* nous voulons parler des *décrets volontaires* et des *lettres de ratification*.

1264. Les décrets volontaires se résumaient en une fiction imaginée pour appliquer aux ventes à l'amiable cette procédure des *décrets forcés* que l'édit des criées de Henri II avait si minutieusement réglée en 1551. Comme l'explique Ferrière, « l'acquéreur créait une dette imaginaire au profit d'un ami qui en donnait une contre-lettre. En conséquence de cette obligation simulée, l'acquéreur de l'héritage se faisait faire par son ami un commandement pour payer, et, sur le refus, cet ami saisissait réellement l'immeuble sur l'acquéreur; ensuite, à l'exception du bail judiciaire, on faisait les criées et le reste de la procédure comme dans un décret forcé jusqu'à l'adjudication. » (2).

Il serait sans aucune utilité d'entrer ici dans les détails de cette procédure minutieuse et compliquée. Bornons-nous à dire qu'elle offrait les inconvénients les plus graves, et était onéreuse pour tous : pour le vendeur et les créanciers, en ce que les frais absorbaient une partie notable du gage ; pour l'acquéreur, en ce que, ne pouvant de longtemps se libérer de son prix, il devait payer des intérêts que ne compensaient pas toujours les fruits produits par l'immeuble. Aussi l'usage en fut-il abrogé : et l'édit de 1771 substitua *les lettres de ratification* aux décrets volontaires, voulant, selon l'expression de son préambule, « ouvrir aux propriétaires une voie facile de disposer de leurs biens, et aux acquéreurs de rendre stable leur propriété et de pouvoir se libérer du prix de leur acquisition, sans être obligés de garder longtemps des deniers oisifs. »

---

(1) Voy. M. Benech (*Du Droit de préf.*, p. 23).
(2) Voy. Ferrière (*Dict. de prat.*, v° Décret volont.).

Aux termes des dispositions principales de cet édit, l'acquéreur était tenu de déposer au greffe du bailliage ou sénéchaussée dans le ressort duquel étaient situés les héritages vendus, le contrat de vente d'iceux, comme aussi le greffier desdits bailliage et sénéchaussée était tenu, dans les trois jours du dépôt, d'inscrire dans un tableau placé à cet effet dans l'auditoire un extrait dudit contrat, quant à la translation de propriété seulement et aux conditions d'icelle; l'extrait restait exposé pendant deux mois, avant l'expiration desquels aucune lettre de ratification ne pouvait être obtenue sur ledit contrat (art. 8); — pendant ces deux mois, tout créancier légitime du vendeur pouvait se présenter au greffe et y faire recevoir une soumission de faire augmenter le prix de la vente au moins d'un dixième du prix principal, et, dans le cas de surenchère par un autre créancier du vendeur, d'un vingtième en sus dudit prix principal par chaque surenchérisseur (art. 9); — l'acquéreur pouvait conserver l'objet vendu en fournissant le plus haut prix auquel il avait été porté (art. 10 et suiv.); quant aux créanciers et à ceux qui prétendaient droit de privilége ou d'hypothèque, à quelque titre que ce fût, sur les immeubles, réels ou fictifs, de leur débiteur, ils étaient tenus, à compter du jour de l'enregistrement de l'édit, de former leur opposition entre les mains du conservateur, à l'effet de conserver leurs priviléges et hypothèques lors des mutations de propriété des immeubles et des lettres de ratification prises sur ladite mutation (art. 15); — les oppositions conservaient leur effet pour trois ans, et devaient être renouvelées avant l'expiration de ce délai (art. 16); — et le défaut d'opposition entraînait déchéance absolue des priviléges et des hypothèques tant à l'égard de l'acquéreur que des créanciers entre eux (art. 17 et 19). Tel a été le dernier état de notre ancien droit sur ce point important.

1265. La loi moderne s'en est inspirée; mais elle a mis le système en rapport avec les principes fondamentaux du nouveau régime hypothécaire. Nous laisserons à l'écart la loi du 9 messidor an 3, par laquelle commence l'ère de ce que nous appelons ici le droit moderne; non pas que cette loi n'ait pas eu aussi son système de purge, mais parce que la purge qu'elle organisait était essentiellement fiscale, pleine de dangers pour le vendeur, onéreuse pour tous, pour les créanciers comme pour le tiers détenteur (voy. l'art. 105 de cette loi), et qu'ainsi le système organisé sur ce point dut contribuer pour sa part à soulever contre la loi cette réprobation générale qui en rendit l'exécution impossible. Nous prenons le droit moderne à la loi du 11 brumaire an 7. Avec le principe absolu de publicité, qui était la base même de cette loi, il ne pouvait plus être question de ces oppositions au moyen desquelles les créanciers étaient tenus, sous l'édit de 1771, de se faire connaître: les créanciers étaient connus d'avance par l'inscription qu'ils avaient dû prendre sur les registres du conservateur. La loi de brumaire part donc de là, et elle exige de l'acquéreur qu'il notifie son contrat aux créanciers connus, c'est-à-dire aux créanciers inscrits, en leur déclarant qu'il acquittera sur-le-champ les charges et hypothèques

échues et à échoir, dans les mêmes termes et de la même manière qu'elles ont été constituées, mais le tout jusqu'à concurrence seulement du prix stipulé en son acte. Cette notification une fois faite, tout créancier peut requérir la mise aux enchères et adjudication publique de l'immeuble en se soumettant à faire porter le prix au moins à un vingtième en sus du prix stipulé dans le contrat; et faute par les créanciers de faire cette réquisition, la valeur de l'immeuble demeure fixée définitivement au prix stipulé par le contrat d'acquisition, et l'acquéreur est, en conséquence, libéré de toutes charges et hypothèques en payant ledit prix aux créanciers en ordre de le recevoir (art. 30, 31, 32). Voilà, quant aux dispositions générales du moins, et sauf quelques dispositions complémentaires sur lesquelles nous aurons à revenir plus tard, le système de purge qu'avait organisé la loi de brumaire.

III.—1266. Lorsque le Code a été discuté, un doute a surgi, le même qui s'est élevé plus tard, quand il a été question de réformer, en France, les dispositions de notre titre. On mit en question la légitimité de la purge : on se demanda s'il est équitable de laisser à l'acquéreur la faculté de purger; si ce n'est pas là déroger aux règles mêmes qui établissent les hypothèques ou leur permettent de s'établir; si autoriser l'acquéreur à enlever aux créanciers, malgré eux, par le seul effet du purgement, les hypothèques qu'ils ont acquises, ce n'est pas méconnaître une règle fondamentale de notre droit, la règle d'après laquelle nul ne peut être dépouillé de sa propriété malgré lui (C. civ., art. 545). Mais ces doutes n'ont pas tenu devant des considérations d'un ordre supérieur. Le droit de purger les hypothèques, comme le disait M. Persil dans son Rapport de 1847, « est un expédient équitable, imaginé pour rendre l'immeuble aliéné aussi net et aussi liquide, dans les mains du nouveau détenteur, que peut l'être l'argent qu'il offre aux créanciers et qui est destiné à passer dans leurs mains, en échange du droit hypothécaire qu'ils ont sur l'immeuble. En deux mots, c'est la substitution de l'argent à l'immeuble faite sous la garantie de la loi, autant dans l'intérêt de la conservation des gages hypothécaires que pour faciliter, sans inconvénient et sans danger, la circulation des propriétés immobilières. Il ne faut pas un grand effort de réflexion pour comprendre que ce serait frapper tous les immeubles d'inaliénabilité que de ne pas les mettre, à un moment donné, dans cet état de complète libération et d'affranchissement absolu. » Ajoutons à ces considérations, décisives en elles-mêmes, qu'en définitive les créanciers eux-mêmes seraient mal venus à réclamer contre le principe de la purge. Après tout, ils n'ont jamais pu avoir la prétention de recevoir, à raison de leur créance, sur le gage qu'ils ont volontairement accepté, au delà de ce que peut valoir le gage. Tout ce qu'ils peuvent demander dès lors, c'est que le gage soit porté à son prix véritable, et que ceux dont le droit est préférable viennent à leur rang prendre sur ce prix, jusqu'à ce qu'il soit épuisé, la part qui leur en revient. Or, toute garantie leur est donné à cet égard dès qu'au lieu d'accepter la déclaration ou l'éva-

luation faite par l'acquéreur, ils peuvent requérir la vente de l'immeuble hypothéqué aux enchères publiques.

1267. Le principe de la purge ainsi justifié, il n'y avait qu'à l'organiser. Et mis en présence du système de l'édit de 1771, que la commission du gouvernement reproduisait dans son projet, sauf quelques modifications accessoires, et de celui de la loi de brumaire, dont plusieurs Cours, et notamment la Cour de cassation, demandaient le maintien, les rédacteurs du Code ont opté pour le dernier. Seulement, le Code, restreignant le principe de la publicité, qui était la règle *absolue* de la loi de brumaire, avait admis exceptionnellement l'existence de certaines hypothèques indépendamment de toute inscription (voy. *suprà*, art. 2135). Il fallait donc combiner le système de la purge avec cette exception. Aussi, tandis que la loi de brumaire établissait une seule espèce de purge pour tous les priviléges et pour toutes les hypothèques indistinctement, le Code civil en a établi deux : l'une, ou la purge, calquée sur les dispositions de la loi de brumaire, est organisée en vue de *toutes les hypothèques inscrites;* l'autre, dont il n'y a pas de trace dans la loi de brumaire, qui a pour objet spécial les hypothèques non inscrites, c'est-à-dire les hypothèques légales dans les cas où la loi les dispense d'inscription. Ces deux modes de purger la propriété sont parallèlement réglés dans le Code civil : le premier, par les dispositions du chapitre VIII, dont nous abordons maintenant le commentaire ; le second, par les trois articles compris dans le chapitre suivant.

Arrivons donc aux dispositions de notre chapitre, et répétons que ces dispositions sont faites pour la purge de *toutes* les hypothèques qui se trouvent inscrites : d'où suit que les formalités et les conditions que nous allons décrire doivent être accomplies pour opérer la purge de toutes les hypothèques, sans en excepter même celles des femmes mariées, des mineurs, des interdits, *lorsqu'elles ont reçu la formalité de l'inscription;* et que c'est seulement dans le cas où ces dernières hypothèques sont restées occultes que la purge en doit être effectuée suivant le mode qui sera décrit au chapitre suivant.

2181. — Les contrats translatifs de la propriété d'immeubles ou droits réels immobiliers, que les tiers détenteurs voudront purger de priviléges et hypothèques, seront transcrits en entier par le conservateur des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés.

Cette transcription se fera sur un registre à ce destiné, et le conservateur sera tenu d'en donner reconnaissance au requérant.

2182. — La simple transcription des titres translatifs de propriété sur le registre du conservateur, ne purge pas les hypothèques et priviléges établis sur l'immeuble.

Le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits

qu'il avait lui-même sur la chose vendue : il les transmet sous l'affectation des mêmes priviléges et hypothèques dont il était chargé.

SOMMAIRE.

I. 1268. Aperçu général et division.

II. 1269. De ceux qui peuvent purger. La loi parle du tiers détenteur; donc elle n'est pas faite pour les prêteurs de deniers : exception en faveur des sociétés de crédit foncier. Renvoi. — 1270. Mais tout tiers détenteur, c'est-à-dire tout nouveau propriétaire, qu'il ait acquis à titre onéreux ou à titre gratuit, peut purger; — 1270 bis. *Quid*, en ce qui concerne le cessionnaire de droits successifs indivis? — 1271. A moins qu'il ne soit personnellement tenu de la dette. — 1272. Applications : celui qui a donné hypothèque pour sûreté de la dette d'autrui n'a pas la faculté de purger, — 1273. ... Ni l'héritier pour partie du débiteur lorsqu'il détient un immeuble hypothéqué, — 1274. ... Ni l'héritier bénéficiaire, — 1274 *bis*. Sauf le cas où il se rend adjudicataire, même sur licitation, d'un immeuble de la succession, — 1275. ... Ni le légataire universel et le donataire des biens présents et à venir. — 1276. Mais il en est autrement du légataire particulier ou du donateur de l'immeuble hypothécairement affecté.

III. 1277. De ceux qui n'ont pas besoin de purger. — 1278. Celui qui a revendu, ou dont le contrat d'acquisition a été annulé, n'a pas à purger. — 1279. Il en est de même dans le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique : renvoi; — 1280. ... Et dans le cas de vente après saisie ou d'adjudication sur expropriation forcée.

IV. 1281. Des droits en faveur desquels la purge est admise. La faculté de purger n'a d'application qu'aux choses susceptibles d'être hypothéquées. — 1282. Ainsi, elle existe en faveur du nouveau propriétaire d'un immeuble par sa nature. — 1283. *Quid* si l'acquisition a eu pour objet un démembrement de la propriété? Distinction : la faculté de purger n'existe pas s'il s'agit d'un droit d'usage, d'habitation ou de servitude; *secùs* s'il s'agit d'un droit d'usufruit. — 1284. *Quid* si le débiteur a donné à bail l'immeuble grevé? La faculté de purger n'existe pas en faveur du locataire, même dans le cas de bail à longue durée. et d'emphytéose : controverse. Exceptions : du contrat de superficie; du bail à domaine congéable. — 1285. *Quid* dans le cas où le débiteur a aliéné sous une condition suspensive ou résolutoire? La faculté de purger existe en faveur de l'acquéreur. — 1286. Dans l'un et l'autre cas, ce qui est purgé, c'est la propriété avec les modalités et les restrictions qui l'affectent. Controverse.

V. 1287. Des formalités préalables dans la procédure de la purge, et spécialement de la transcription dont parlent nos articles. — 1288. Objet de la transcription. Phases diverses de la législation sur ce point : Code civil; Code de procédure; loi du 23 mars 1855. — 1289. La purge étant essentiellement facultative, la loi n'a fixé aucun délai au nouveau propriétaire pour la transcription. — 1290. La transcription est effectuée *sur un registre distinct* de celui des inscriptions par le conservateur, qui est tenu d'en *donner reconnaissance* au requérant. — 1291. C'est le *titre d'acquisition* qui doit être transcrit, bien que l'art. 2181 parle du *contrat* translatif de propriété. Du cas où le droit du nouveau propriétaire procède d'un testament : la transcription est nécessaire *au point de vue de la purge* même depuis la loi du 23 mars 1855. — 1292. La procédure de la purge est ouverte par la transcription du titre même d'où procède le droit du nouveau propriétaire; d'où suit qu'en cas de ventes successives, le dernier acquéreur qui veut purger ne doit faire transcrire que son contrat. — 1293. La loi demande la transcription *en entier* du titre : limitation pour le cas où le titre contient des dispositions distinctes et indépendantes.

VI. 1294. La simple transcription ne purge pas les hypothèques et les priviléges; le vendeur ne transmet l'immeuble à l'acquéreur que sous l'affectation des priviléges et hypothèques dont il était chargé.

I. — 1268. Ces deux articles, qui ouvrent la série des formalités et des conditions nécessaires pour arriver à la purge des priviléges et des hypothèques, appellent l'attention sur quelques détails préliminaires auxquels il importe de s'arrêter. Nous aurons donc à nous occuper d'abord des personnes qui peuvent procéder à la purge, de celles qui n'ont

pas besoin d'y recourir, et des droits en faveur desquels la procédure de la purge a été organisée. Puis, entrant plus directement dans l'objet même de nos articles, nous aurons à voir en quoi consiste la transcription dont ils parlent, où et quand doit être remplie cette formalité préliminaire à la purge, en quoi doit consister la transcription dans les divers cas qui peuvent se présenter, et quels en sont précisément le but et la portée.

II. — 1269. La purge est une voie de sûreté si favorable au développement de la propriété immobilière, une garantie si utile au crédit foncier, que la loi doit tendre non-seulement à la rendre assez facile pour que nul parmi ceux qui ont intérêt à l'accomplir ne néglige de le faire, mais encore à en généraliser la pratique, de telle sorte que quiconque se trouve en rapport d'intérêts ou d'affaires avec un propriétaire d'immeubles y puisse recourir. Dans cette pensée, on a dit souvent que le moyen de la purge devrait être accessible non-seulement à tous les acquéreurs, mais encore aux prêteurs (1). Pourtant nos articles et ceux qui vont suivre ne parlent jamais que du *tiers détenteur,* de l'*acquéreur,* du *nouveau propriétaire;* la procédure de la purge n'est donc pas organisée pour les prêteurs de deniers. Notons seulement que, dans le dernier état de la législation, une exception a été faite en faveur des sociétés de crédit foncier : ces sociétés ont reçu de la loi du 10-15 juin 1853 la faculté (et c'était une obligation d'après le décret organique du 28 février 1852) de faire la purge des hypothèques au moment où le contrat de prêt se forme avec elles. Mais il faut ajouter que l'exception est introduite en vue des hypothèques *inconnues,* c'est-à-dire des hypothèques légales *non inscrites,* que les prêteurs de deniers auraient, en effet, un grand intérêt à faire apparaître pour livrer leurs fonds avec sécurité : nous y reviendrons au chapitre suivant (*infrà,* n° 1401).

1270. Quoi qu'il en soit, aux acquéreurs seuls appartient la faculté de purger. Mais, en principe, tout acquéreur, quel que soit l'acte en vertu duquel il a acquis, vente, échange, partage, donation, et quel que soit le titre de son acquisition, gratuit ou onéreux, tout acquéreur a cette ressource qu'il peut, au moyen de la purge, libérer l'immeuble par lui acquis des priviléges ou des hypothèques qui le grèvent, et conserver la propriété de cet immeuble libre et affranchie sans payer rien que le prix ou la valeur représentative de l'immeuble (2).

L'acquéreur eût-il acquis seulement une partie distincte de l'immeuble au lieu de l'acquérir en totalité ; n'en eût-il acquis qu'une partie indivise, comme dans le cas de cession de droits successifs indivis, son droit serait le même, la faculté de purger pourrait être exercée.

---

(1) Voy. notamment, dans les Documents publiés par le garde des sceaux en 1844, les Observations de la Cour de Nancy (t. II, p. 748).

(2) Il faut même observer que si, par un concours de circonstances exceptionnelles, il arrivait qu'un vendeur reprenant son immeuble le trouvât grevé par le fait d'un acheteur contre lequel il aurait obtenu la résolution de la vente, il y aurait lieu d'admettre ce vendeur à user de la faculté de purger, bien qu'à vrai dire ce vendeur ainsi remis en possession ne soit pas *un nouveau propriétaire.* Voy. Req., 28 nov. 1865 (Dall., 66, 1, 159; S.-V., 66, 1, 63; *J. Pal.,* 1866, p. 150).

1270 *bis*. Il y a pourtant à faire, sur ce point, quelques réserves que nous avons supposées dans les précédentes éditions de cet ouvrage, mais qu'il convient de préciser. La cession par un cohéritier de ses droits successifs indivis constitue certainement une transmission réelle de la propriété des biens héréditaires, et par cela même confère au cessionnaire le droit de constituer hypothèque. La Cour de Grenoble avait jugé, au contraire, qu'une telle cession conférait seulement au cessionnaire une action en partage non susceptible d'hypothèque, et en conséquence que le créancier de l'héritier cédant n'ayant pas le droit hypothécaire, ne pouvait avoir la faculté de surenchérir. Cette thèse a été justement condamnée par la Cour de cassation qui, en cassant l'arrêt de la Cour de Grenoble, a jugé que les droits successifs constituent de véritables droits de propriété sur les biens héréditaires; que ces droits, dès lors, sont susceptibles d'hypothèques, et sont notamment grevés de l'hypothèque générale qui pèse sur l'héritier, pour la part d'immeuble qui peut lui revenir, sauf que l'hypothèque, en ce cas, est subordonnée à l'événement du partage; et par suite que si un cohéritier vient à céder ou à vendre ses droits successifs, l'acquéreur ou cessionnaire, qui veut s'affranchir des charges de son acquisition, doit faire transcrire son contrat et observer les formalités de la purge vis-à-vis des créanciers inscrits, qui, à leur tour, peuvent surenchérir (1). Mais cet arrêt, qui reconnaît au cessionnaire la faculté de purger, ne dit pas, et dans les circonstances de la cause il n'avait pas à dire, quand et dans quelle mesure cette faculté peut ou doit être exercée. Or, le cessionnaire ne saurait être admis à en faire usage que par rapport aux immeubles qui lui échoient par l'événement du partage ou de la licitation. C'est dire que cette faculté de purger que nous reconnaissons au cessionnaire de droits successifs ne lui est cependant pas ouverte tant que dure l'indivision. Et en effet, comme l'a dit la Cour d'Orléans dans un arrêt fortement motivé, comment pourrait-il, tant que les droits restent indivis, en purger la propriété à l'égard des tiers, conformément aux articles 2181 et suivants du Code civil? « Il ne lui serait pas possible : 1° d'indiquer dans ses notifications la nature et la situation des biens cédés, puisqu'il ignore sur quels immeubles portera le droit héréditaire de son cédant, et même si celui-ci sera approprié d'une portion quelconque d'immeuble; 2° d'indiquer les charges faisant partie du prix de la cession, puisque ces charges héréditaires ne peuvent être déterminées que par une liquidation qui n'existe pas encore; 3° d'offrir d'acquitter les dettes et charges hypothécaires grevant les biens de son vendeur, puisque l'hypothèque conférée au créancier personnel de celui-ci n'existe pour ainsi dire qu'en germe et n'a pas encore d'assiette déterminée. » (2)

---

(1) Cass., 21 janv. 1839 (S.-V., 39, 1, 87; Dall., 39, 1, 57; *J. Pal.*, 1839, t. I, p. 54). *Junge :* Aix, 6 mars 1839 (*J. Pal.*, 1840, t. I, p. 488; S.-V., 40, 2, 449; Dall., 40, 2, 147); M. Troplong (*Transcr.*, n° 58).

(2) Voy. Orléans, 31 mai 1859 (S.-V., 59, 2, 591; *J. Pal.*, 1859, p. 890; Dall., 59, 2, 137). Voy., en ce sens, M. Demante (*Tr. des dr. d'enreg.*, n° 716). C'est aussi l'opinion de MM. Aubry et Rau (t. II, p. 934, note 29; 4e édit., t. III, p. 506, note 29), qui nous citent à tort comme ayant émis une opinion contraire.

Il est donc certain que le cessionnaire de droits successifs, bien qu'il ait le droit de procéder à la purge des hypothèques, ne peut exercer ce droit qu'après la cessation de l'indivision et seulement pour les immeubles à lui échus par l'événement du partage ou de la licitation (1). Et ajoutons qu'il n'a intérêt à user de ce droit qu'à l'encontre des créanciers de son cédant ou de son vendeur. Quant aux hypothèques dont les immeubles à lui échus seraient grevés du chef de ses copartageants ou colicitants, la purge serait sans objet et inutile. C'est une conséquence nécessaire de la fiction de l'art. 883 du Code civil, laquelle, d'après la jurisprudence, est applicable même entre copropriétaires dont les droits ne procèdent pas d'un titre commun, et spécialement entre des cohéritiers et le cessionnaire des droits successifs de l'un d'eux. La licitation ou le partage est simplement déclaratif pour le cessionnaire aussi bien que pour les cohéritiers; et, dès lors, les immeubles à lui échus ou dont il s'est rendu adjudicataire se trouvent de plein droit affranchis, entre ses mains, des hypothèques créées du chef des autres copartageants ou colicitants, lesquels sont réputés n'avoir jamais eu aucune part dans la propriété de ces immeubles (2).

1271. Une condition est nécessaire pour que la voie de la purge soit ouverte : il faut que l'acquéreur ou le nouveau propriétaire ne soit pas personnellement tenu de la dette garantie par l'hypothèque. Sous ce rapport, il en est de la faculté de purger comme de la faculté de délaisser, dont nous avons dit qu'elle n'est pas accordée non plus au tiers détenteur *personnellement obligé* (voy. *suprà,* nos 1176 et suiv.). Mais prenons garde que si la condition est commune aux deux facultés, les motifs sont très-différents.

La purge, acte essentiellement spontané et procédant de la libre volonté du nouveau propriétaire, change les conditions et les termes de la convention faite avec le créancier en ce qu'elle le contraint à recevoir un payement anticipé et même partiel; elle modifie les conditions du contrat sous un autre rapport encore, en ce qu'elle enlève au créancier le droit réel qu'il avait acquis pour sûreté de l'obligation principale à laquelle il devait rester attaché jusqu'au payement. On conçoit, d'après cela, pourquoi le nouveau propriétaire ou l'acquéreur personnellement obligé ne peut et ne doit pas être admis à purger; c'est évidemment qu'étant lié par la convention qui a créé l'obligation principale, il ne saurait lui appartenir de rompre le contrat par sa seule volonté, et de retirer, au moyen d'une simple indemnité, la sûreté réelle qu'il a consenti à donner. Au contraire, le délaissement, qui modifie seulement la condition ou le mode de la vente du gage hypothécaire, n'a rien de

(1) Un arrêt, encore inédit, du 29 mai 1876, au rapport de M. le conseiller Aucher, confirmant par ses motifs cette doctrine, a jugé, par cassation d'un arrêt de la Cour d'Alger du 11 févr. 1874, qu'on ne saurait considérer comme frustratoires les frais de transcription, de purge et d'ordre faits à la suite d'un jugement d'adjudication en vertu duquel le cessionnaire des droits successifs de quelques-uns des cohéritiers est devenu propriétaire de la totalité de l'immeuble indivis.

(2) Voy. Rej., 27 janv. 1857 (Dall., 57, 1, 5; S.-V., 57, 1, 665; *J. Pal.*, 1858, p. 406).

spontané : c'est un acte auquel le tiers détenteur est conduit involontairement par l'effet des poursuites dont il est l'objet de la part des créanciers privilégiés ou hypothécaires. Si donc le délaissement est interdit au tiers détenteur personnellement tenu de la dette, ce n'est pas parce qu'il impliquerait la violation de la convention formée avec le créancier, c'est uniquement, comme nous le disons au nº 1176, parce qu'il serait inutile et sans objet dans ce cas, en ce que le tiers détenteur pouvant, par suite de l'obligation personnelle, être recherché et poursuivi sur tous ses biens, même sur ceux qu'il aurait délaissés, le délaissement n'aurait pas son effet ordinaire, qui est de libérer à l'instant même le détenteur, et d'affranchir l'immeuble de la poursuite des créanciers.

Cette différence est on ne peut plus importante au point de vue de l'application; elle va montrer comment il est impossible d'admettre l'opinion de quelques auteurs qui, établissant une corrélation entière et parfaite entre le délaissement et la purge, supposent que, dans tous les cas où, comme tiers détenteur, l'acquéreur pourrait être admis à délaisser, il doit, par cela même et nécessairement, être admis au purgement des priviléges et hypothèques assis sur l'immeuble par lui acquis (1). Nous allons voir, en effet, que rien ne serait plus contraire à la vérité des principes que de conclure de la faculté de délaisser à la faculté de purger.

1272. Ainsi, nous avons établi que celui qui a constitué hypothèque sur ses biens pour sûreté de la dette d'autrui peut faire le délaissement s'il vient à être recherché par les créanciers auxquels il avait engagé ses biens (voy. nº 1179). C'est incontestable; le délaissement est l'abandon fait aux créanciers de la chose même qui leur a été donnée pour gage; donc, délaisser, c'est exécuter la convention même qui lie le détenteur envers les créanciers, en ce que c'est donner cours à l'action hypothécaire, la seule par laquelle le détenteur ait voulu être tenu. Mais pourrait-on conclure de là que, dans la même hypothèse, le propriétaire peut également purger l'immeuble de l'hypothèque qu'il a constituée ? Non, assurément. Sans doute, le propriétaire n'est pas personnellement tenu de la dette; mais, en définitive, il a pris un engagement envers le créancier. En effet, donner hypothèque pour sûreté de la dette d'autrui, c'est s'engager à garantir sur ses biens l'obligation d'un autre et consentir à ce que la sûreté que l'on donne subisse le sort de l'obligation principale et ne s'éteigne qu'autant que cette obligation sera exécutée. Or, admettre que le propriétaire ainsi engagé peut purger, ce serait admettre par là même qu'il peut à son gré et par sa seule volonté détruire dans son principe l'engagement qu'il a contracté. Car, en purgeant, il retirerait la sûreté hypothécaire qu'il a donnée, et, au moyen d'une indemnité, il conserverait libres et affranchis des biens qui, d'après son engagement, doivent rester affectés jusqu'à l'acquittement de la dette qu'il a hypothécairement garantie. — En définitive et en ré-

(1) Voy. notamment MM. Troplong (nº 903 *bis*); Martou (nº 1379).

sumé, tout au contraire du délaissement qui, dans le cas donné, est l'exécution même du contrat fait avec le tiers détenteur, la purge en serait la destruction totale : ce serait donc se méprendre du tout au tout que de conclure de l'un à l'autre.

1273. De même, en entrant plus directement dans l'objet même de notre règle, nous avons établi que l'héritier pour partie du débiteur, lorsqu'il a payé sa part dans les dettes de la succession, peut délaisser pour le surplus (voy. *suprà,* n° 1181). S'ensuit-il que, dans cette situation, l'héritier ait aussi le droit de purger? Non encore. L'héritier, s'il n'a pas été personnellement partie au contrat de constitution d'hypothèque, n'en est pas moins tenu, comme héritier, des conséquences indivisibles de ce contrat. Qu'il puisse délaisser dans le cas donné, cela se conçoit, parce que l'obligation de payer une somme d'argent ou de livrer une chose, obligation à laquelle il est tenu en présence des poursuites exercées par les créanciers privilégiés ou hypothécaires, n'a rien qui ne soit divisible. Mais l'obligation de maintenir la sûreté hypothécaire promise par le contrat de constitution d'hypothèque, et de ne pas en priver contre son gré le créancier auquel elle a été donnée, est essentiellement indivisible. C'est pourquoi l'héritier ne saurait recourir à une purge qui impliquerait l'oubli manifeste et la violation de cette obligation (1).

1274. Ce que nous disons de l'héritier pur et simple est applicable à l'héritier bénéficiaire. Cet héritier, auquel le délaissement est interdit (voy. *suprà,* n° 1181), est également privé de la faculté de purger. Notons, en effet, que par rapport aux créanciers héréditaires, la succession bénéficiaire représente toujours le débiteur. Or il ne saurait être question de la faculté de purger quand l'immeuble grevé est encore dans le patrimoine du débiteur.

Mais si l'héritier bénéficiaire, se posant comme un tiers, se rendait adjudicataire d'un immeuble de la succession, il devrait, à la différence de l'héritier pur et simple toujours obligé au payement de la dette au moins pour une partie, être admis à purger l'immeuble des hypothèques dont il est grevé du chef du défunt, en offrant son prix d'adjudication. Alors, en effet, il a fait passer de la succession dans son patrimoine cet immeuble, que désormais il possède à un titre nouveau, et il n'est plus comptable que d'un prix envers les créanciers.

1274 *bis.* C'est une doctrine que la Cour de cassation a consacrée par une jurisprudence constante et qui, pendant un demi-siècle, n'a jamais varié. Le problème s'est posé, à la vérité, devant elle, incidemment à une question fiscale : il s'est agi de savoir si l'adjudication ou l'attribution à l'héritier bénéficiaire d'un immeuble de la succession est un acte de nature à être transcrit, dans le sens de l'art. 54 de la loi du

(1) Ce point de droit a été nettement établi par M. Labbé dans la *Revue critique* (t. VIII, p. 211 et suiv.). Voy. aussi MM. Championnière et Rigaud (*Dr. d'enregistr.*, n°s 2067, 2665 et suiv.); Demolombe (*Succ.*, t. V, n°s 73 et suiv.); Aubry et Rau (t. V, p. 355, 356). *Contrà :* M. Troplong (*Hyp.*, n° 798). — *Comp.* Rej., 2 déc. 1867 (Dall., 67, 1, 469), et 8 juin 1869 (S.-V., 70, 1, 70; *J. Pal.*, 1870, p. 149; Dall., 69, 1, 480).

28 avril 1816, et par suite, si elle est assujettie, lors de l'enregistrement, au droit proportionnel de transcription par application de cet article. Mais la Cour ne s'en est pas moins déterminée par les principes du droit civil, et c'est parce qu'elle a reconnu, qu'en droit civil, « l'héritier bénéficiaire, soit majeur, soit mineur, a la faculté de purger les immeubles héréditaires à lui adjugés sur vente aux enchères »; que, dans une longue suite d'arrêts, le dernier rendu en chambres réunies, elle a déclaré le droit de transcription exigible (1). La solution pourtant a été énergiquement contredite par un éminent professeur de la Faculté de Paris (2). Elle est cependant dans la vérité juridique, reconnue d'ailleurs par la majorité des auteurs (3); et nous ne pouvons que la maintenir. Dégagé de tout lien personnel avec le défunt par l'effet de la séparation des patrimoines, l'héritier bénéficiaire, devenu adjudicataire, n'est tenu *personnellement* d'aucune portion de la dette hypothécaire; resté seulement comptable, envers les créanciers du prix de l'immeuble passé dans son patrimoine propre à la suite de l'adjudication destinée à en fixer la valeur, il ne leur doit que la représentation de ce prix. Il ne saurait donc être privé de la faculté de procéder à la purge, c'est-à-dire de recourir aux mesures établies par la loi elle-même, dans l'intérêt de tous : dans l'intérêt du nouveau propriétaire qui, ainsi, s'assure une propriété libre et affranchie; dans l'intérêt des créanciers qui, par là, sont mis en demeure et en mesure d'accepter le prix offert ou de le surenchérir s'il leur paraît inférieur à la valeur de leur gage.

Cela est également vrai, à notre avis, dans les hypothèses diverses qui peuvent se produire : celle où l'héritier bénéficiaire se rend adjudicataire des immeubles de la succession vendue dans les formes prescrites par l'art. 987 du Code de procédure, et celle où, au lieu d'être vendue dans ces formes à la requête de l'héritier bénéficiaire, les immeubles sont vendus judiciairement à la suite d'une instance en licitation introduite entre héritiers (4). Dans l'un et l'autre cas, il nous paraît vrai de dire que l'héritier bénéficiaire qui enchérit en son nom un immeuble

---

(1) Voy. les arrêts des 12 nov. 1823, 26 déc. 1831, 21 janv. et 12 août 1839, 15 avr. 1840, 16 janv. 1842, 10 avr. 1848, 26 févr. et 28 juill. 1862, 22 juin 1870, 12 et 27 nov. 1872, 13 févr. 1874, et surtout l'arrêt des chambres réunies du 12 janv. 1876, rendu sur un savant rapport de M. le conseiller Saint-Luc Courborieu et les très-remarquables conclusions de M. le premier avocat général Bédarride (Dall., 39, 1, 330; 67, 1, 182 et 371; 70, 1, 413; 74, 1, 361; 76, 1, 52; *J. Pal.*, 1862, p. 353; 1863, p. 310; 1870, p. 808; 1873, p. 176; 1876, p. 166; S.-V, 39, 1, 781; 40, 1, 452; 42, 1, 240; 48, 1, 402; 62, 1, 609 et 988; 70, 1, 323; 73, 1, 86; 76, 1, 81).

(2) Voy. la savante consultation délibérée par M. Valette (*J. Pal.* 1873, p. 178 et suiv., *Rev. prat. de dr. franç.*, année 1875). *Junge* M. Vavasseur (*Rev. du not. et de l'enreg.*, 1874, p. 88).

(3) V. Merlin (v° *Hyp.*, sect. 1, § 13, n° 8), et MM. Demolombe (t. XV, n°s 191 et 191 *bis*); Labbé (*loc. cit.*, p. 213 et t. III de la nouvelle série, p. 337 et suiv.); Aubry et Rau (4e édit., t. II, p. 296 et note 42; t. III, p. 506 et note 27); Troplong (*Trans.*, n° 102); Demante (S.-V., 62, 1, 610, à la note).

(4) Les défendeurs à la cassation dans l'affaire jugée par les chambres réunies distinguaient à cet égard. En admettant que l'héritier bénéficiaire peut transcrire et purger les hypothèques inscrites sur l'immeuble héréditaire dont il se rend adjudicataire, ils soutenaient qu'il en peut bien être ainsi dans la première hypothèse, mais non dans la seconde, qui était le cas de l'espèce.

de la succession et en est déclaré adjudicataire, possède cet immeuble à un titre nouveau, entièrement distinct de son titre héréditaire ; il le possède comme un tiers étranger, et désormais il ne peut être recherché par les créanciers que comme bien-tenant. Donc, n'étant pas tenu personnellement de la dette et n'en répondant qu'à cause de la possession de l'immeuble, il doit avoir, dans l'un et l'autre cas, la faculté de recourir à la purge qui est précisément le moyen que lui offre la loi de limiter son obligation à la valeur de l'immeuble.

Et vainement on oppose que l'héritier pur et simple qui a payé sa part héréditaire dans les dettes et charges de la succession n'est pas non plus tenu sur ses biens personnels du surplus à payer, et que, cependant, la faculté de purger lui est refusée (*suprà,* n° 1273). Il y en a cette raison, comme nous l'avons dit, que, succédant pour partie à toutes les obligations du défunt, quelle qu'en soit l'étendue, l'héritier bénéficiaire, dans le cas donné, ne saurait échapper à l'obligation de maintenir la sûreté hypothécaire promise par le contrat d'affectation, cette obligation étant essentiellement indivisible. Or, tel n'est pas le cas de l'héritier bénéficiaire. En tant que possesseur de l'immeuble que l'adjudication a fait passer dans son patrimoine, il est un acheteur, comme le serait un étranger ; et il n'est nullement obligé d'exécuter le contrat hypothécaire souscrit par le défunt dont il ne continue pas la personne sous ce rapport. Et il ne faut pas dire que si l'obligation hypothécaire indivisible existe, l'héritier bénéficiaire y doit satisfaire non moins que l'héritier pur et simple. Il y a cette différence que, tenu *ultrà vires* et sur ses biens propres de sa part dans les dettes hypothécaires grevant du chef de son auteur l'immeuble dont il s'est rendu adjudicataire, l'héritier pur et simple n'aurait pas à exciper de la valeur de cet immeuble ou du prix moyennant lequel il l'a acquis, si ce prix était inférieur à sa part virile dans les dettes, il devrait payer l'excédant *de suo;* tandis que l'héritier bénéficiaire, sa part dans les dettes fût-elle supérieure à la valeur du bien dont il est devenu adjudicataire, n'est jamais tenu que dans la mesure de sa valeur. Il ne doit pas autre chose aux créanciers ; et c'est justement pour cela qu'à la différence de l'héritier pur et simple, il doit être admis à leur faire, au moyen de la purge, l'offre du prix qui représente cette valeur.

Il reste l'objection tirée de l'art. 1er, n° 4, de la loi du 23 mars 1855. Les arrêts de la Cour de cassation ont répondu que la loi de 1855 a réglementé la transcription seulement au point de vue de la consolidation de la propriété, et n'a pu avoir pour effet, par suite, de modifier les principes de la purge. Mais en tout cas, on peut dire que si le texte précité a cru devoir *dispenser* l'adjudicataire de transcrire son titre, il ne lui a pas *interdit* de recourir à la transcription s'il a intérêt à purger (1). Or, quant à l'héritier bénéficiaire, son intérêt ne saurait être contesté.

1275. Par identité de raison, nous dirons du légataire universel et du donataire des biens présents et à venir ce que nous avons dit de l'hé-

(1) Voy. M. Labbé (*Rev. prat.*, t. III, de la nouvelle série, p. 352).

ritier. Comme celui-ci, ils représentent le débiteur; et personnellement tenus de la dette, obligés en outre de respecter dans ses conséquences indivisibles le contrat de constitution d'hypothèque, ils sont nécessairement privés de la faculté de purger.

1276. Mais il en est autrement du légataire particulier ou du donataire de l'immeuble hypothécairement affecté. Celui-ci ne représente pas la personne du donateur ou du testateur. Il est absolument étranger au contrat qui a donné naissance à l'hypothèque dont est grevé l'immeuble à lui donné ou légué; il n'est tenu qu'à raison de sa détention de l'immeuble. La voie de la purge lui est donc ouverte : à son égard, la faculté de purger et celle de délaisser sont entièrement corrélatives (voy. *suprà*, n° 1182).

III. — 1277. Après avoir précisé comment et en quels cas l'acquéreur ou le nouveau propriétaire est privé, comme obligé personnellement à la dette, de la faculté de purger, nous avons à indiquer d'autres causes qui interdisent cette voie de la purge ou qui font que le détenteur n'a pas même besoin de s'y engager.

1278. Et d'abord il résulte de la jurisprudence que celui-là seul peut, au moyen de la purge, s'affranchir de la charge des hypothèques, qui est propriétaire actuel de l'immeuble grevé et auquel l'immeuble pourrait être enlevé par l'effet de l'action hypothécaire. De là les décisions nombreuses desquelles il résulte que les formalités de la purge hypothécaire ne peuvent être valablement remplies par celui qui a revendu, ou dont le contrat d'acquisition a été annulé comme entaché de simulation et de fraude (1). Et en effet, tout, dans l'économie de la loi, atteste que c'est le détenteur seul qu'elle a voulu protéger en établissant la purge; c'est dans cette pensée qu'elle parle toujours, lorsqu'il est question de ce moyen d'exonérer l'immeuble, de l'*acquéreur,* du *nouveau propriétaire,* du *tiers détenteur*.

1279. Il y a plus : dans certains cas, l'acquéreur, comme nous l'avons dit, n'a pas même besoin de recourir aux formalités de la purge Tel est notamment le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. Le droit de suite, dans ce cas, s'éteint par le fait même de l'expropriation; l'immeuble se trouve affranchi de toutes les charges hypothécaires dont il était grevé; et le droit des créanciers est converti en un droit de préférence sur l'indemnité d'expropriation qui est substituée à l'immeuble et en représente le prix (loi du 3 mai 1841, art. 18; voy. *suprà,* n° 658).

1280. Tel est encore le cas de vente après saisie ou d'adjudication

(1) Voy. Caen, 21 avr. 1841; Angers, 15 avr. 1847; Trib. de Saint-Yrieix, 15 févr. 1856; Rej., 10 avr. et 11 juill. 1855 (S.-V, 41, 2, 446; *J. Pal.*, 1847, t. II, p. 168; Dall., 47, 2, 96; 55, 1, 109; 56, 1, 9; 3, 17). Voy. cependant un arrêt de rejet par lequel il a été décidé, mais à tort à notre avis, que l'acquéreur d'un immeuble grevé d'hypothèque, qui le revend à un tiers, ne perd pas, par le fait seul de cette revente, le droit de purger, alors surtout qu'il n'a revendu qu'une partie de l'immeuble et qu'au moment de la purge il était encore propriétaire de l'autre partie. Req., 5 mai 1847 (S.-V., 47, 1, 608; Dall., 47, 1, 283; *J. Pal.*, 1847, t. I, p. 618).

sur expropriation forcée. Jusqu'à la loi du 21 mai 1858, c'était une question controversée de savoir si l'expropriation forcée purge par elle-même les hypothèques légales dispensées d'inscription et non inscrites; et nous y reviendrons dans le chapitre suivant en commentant les articles 2193 et suivants (*infrà,* n° 1407). Mais en ce qui concerne les hypothèques soumises à l'inscription, il est hors de doute que l'expropriation forcée en opère par elle-même la purge. Cela a été admis de tout temps; et la raison en est évidente : après l'accomplissement des formalités solennelles dont de pareilles ventes sont entourées, et qui toutes ont pour objet de faire monter l'adjudication au plus haut prix possible, il y a lieu de croire que le prix obtenu est la représentation de la valeur réelle de l'immeuble, et que l'accomplissement des formalités de la purge n'aurait d'autre résultat que d'ajouter aux frais (1).

IV. — 1281. Venons maintenant aux droits en faveur desquels la purge est admise. Ici encore l'expression de la loi est nettement indicative : le législateur parle des tiers détenteurs qui veulent purger les biens par eux détenus *des priviléges et hypothèques;* et par là, il fait entrevoir que la faculté de purger ne peut avoir d'application qu'aux choses susceptibles d'hypothèques, d'après les règles exposées plus haut dans notre commentaire de l'art. 2118 (voy. n°s 354 et suiv.).

1282. D'après cela, supposons que le bien transmis à l'acquéreur qui veut purger soit un immeuble par sa nature, c'est-à-dire un fonds de terre ou un bâtiment, la faculté de purger existe incontestablement. Ceci n'a pas besoin d'être discuté.

1283. Mais supposons que l'acquisition ait eu pour objet non point la propriété elle-même, la propriété pleine et entière, mais un démembrement de la propriété : il faut distinguer.

S'agit-il d'un droit d'usage, d'habitation ou de servitude, nous pensons, contre l'opinion dominante des auteurs, que la voie de la purge n'est pas ouverte, puisque de tels droits ne sont pas susceptibles d'expropriation forcée (2), et en outre que les créanciers, si la constitution de la servitude, du droit d'usage ou d'habitation, leur est nuisible, peuvent agir contre leur débiteur comme si aucun droit n'avait été concédé : ceci est établi dans nos explications sur le droit de suite (voy. n° 1116; — voy. aussi n°s 384 et 393).

S'agit-il d'un droit d'usufruit, la solution contraire ne peut souffrir difficulté. Comme la propriété elle-même, l'usufruit peut être vendu

---

(1) Cela n'exclut pas la possibilité, pour les créanciers qui ne sont pas inscrits au moment de l'expropriation, de prendre inscription jusqu'à la transcription du jugement d'adjudication : c'est certain en présence de la loi du 23 mars 1855, d'après laquelle la transcription seule arrête le cours des inscriptions. Mais s'il ne survient pas d'inscriptions nouvelles, l'expropriation purge par elle-même, aujourd'hui comme avant la loi, les hypothèques inscrites; et l'adjudicataire n'a pas à recourir aux formalités de la purge. En ce sens, MM. Rivière et Huguet sont allés trop loin dans leur commentaire (voy. n° 351), quand ils ont supposé que la loi nouvelle aurait changé, sur ce point, la doctrine invariablement admise avant elle.

(2) Voy. Paris, 4 janv. 1831, arrêt rapporté par les Recueils avec celui de rejet du 18 janv. 1832 (S.-V., 32, 1, 828).

aux enchères; et entre tous les droits considérés par la loi comme immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, il est le seul que l'art. 2118 mentionne comme susceptible d'hypothèque. Donc, bien que le morcellement doive tourner au détriment des créanciers auxquels la propriété entière a été affectée (1), il faut reconnaître que le droit d'usufruit peut être purgé (voy. *suprà*, nos 378 et 1116).

1284. Supposons que le débiteur ait donné à bail l'immeuble grevé d'hypothèque, la faculté de purger ne s'appliquera pas, en thèse générale, au droit résultant de la convention. Sans doute, un droit au bail peut être mis aux enchères publiques; et, sous ce rapport, il pourrait être classé parmi les droits auxquels s'applique la faculté de purger. Mais ce droit est essentiellement mobilier, non-seulement dans les baux ordinaires, mais encore dans les baux à longue durée, et même, selon nous (quoique cette opinion soit généralement contredite), dans les emphytéoses (voy. *suprà*, nos 385 à 388). Il n'est donc pas susceptible d'hypothèque, et par ce côté il sort des prévisions de nos articles, suivant lesquels la faculté de purger n'a d'application qu'aux choses susceptibles d'être hypothéquées (voy. n° 1281).

Mais ceci comporte quelques exceptions. Certaines conventions impliquant par la forme une idée de bail constituent au fond une transmission de propriété : tel est le contrat de superficie; tel aussi, dans une certaine mesure, le bail à domaine congéable. Nous avons montré plus haut, qu'il y a, dans ces conventions, vente plutôt que bail, et transmission d'une chose qui, étant immeuble par sa nature, est par cela même susceptible d'hypothèque (voy. nos 391, 392) : la faculté de purger s'y applique donc incontestablement.

1285. Supposons enfin que l'immeuble hypothéqué ait été aliéné par le débiteur sous une condition suspensive ou résolutoire, le droit acquis par le nouveau propriétaire pourra-t-il être purgé? L'affirmative est certaine.

En ce qui concerne le droit résultant de la vente sous condition suspensive, on comprend que la question se présentera rarement. En effet, bien que son droit soit suspendu, l'acquéreur serait tenu d'offrir actuellement son prix sans aucune réserve, car les créanciers ne peuvent être mis en demeure de surenchérir que par l'offre d'un prix exigible. Or, comme, d'une autre part, il ne pourrait pas répéter contre les créanciers le prix qu'il leur aurait payé si la condition venait à défaillir, il est bien clair qn'il songera rarement à recourir à une purge qui, dans de telles conditions, pourrait tourner contre lui et lui occasionner un grave préjudice. Si pourtant il y voulait recourir pour prévenir les poursuites, la nature du droit dont il est en possession n'y ferait pas

---

(1) La Faculté de Caen, dans ses Observations sur les réformes projetées en 1841, partait de cette idée pour proposer d'introduire dans la loi une disposition en ces termes : « Il (le droit de purger) n'existe pas pour les actes *portant cession d'usufruit* ou d'autres démembrements de la propriété, ni pour ceux qui renferment une réserve d'usufruit ou de jouissance quelconque, pouvant excéder deux années... » (Voy. *Doc. hyp. de 1844*, t. II, p. 794, 795.)

obstacle : ce droit, quoique suspendu par une condition, est susceptible d'hypothèque (voy. *suprà*, nos 637 et suiv.) ; il est donc susceptible aussi d'être purgé.

Quant au droit résultant de la vente sous condition résolutoire, c'est plus incontestable encore. L'acquéreur est propriétaire actuellement ; il a le plein exercice du droit de propriété ; son intérêt à purger est évident : à tous égards donc la faculté de recourir à la purge doit lui être accordée.

1286. Mais si cette faculté est exercée, qu'est-ce qui est purgé dans ces circonstances ? C'est le droit de propriété tel qu'il existe aux mains du propriétaire ou nouvel acquéreur ; c'est-à-dire la propriété avec les modalités et les restrictions qui l'affectent. Des arrêts en grand nombre, émanés soit de la Cour de cassation, soit des Cours d'appel, décident pourtant que la purge effectuée par un propriétaire sous une condition résolutoire, spécialement sous la charge de réméré, *à un effet définitif qui survit à l'exercice de la faculté de réméré* (1). Cela serait vrai, sans doute, si l'acquéreur sous une condition résolutoire devenait seul propriétaire de la chose par lui acquise sous cette condition ; il est certain alors que la purge effectuée par cet acquéreur serait complète et définitive. Mais la propriété sous condition résolutoire implique une autre propriété sous condition suspensive, en vertu de cette corrélation nécessaire qui fait que, dans tous les cas où un immeuble appartient à une personne *sous condition résolutoire,* il y a une autre personne à laquelle ce même immeuble appartient *sous condition suspensive* (voy. n° 639). Or chacun de ces droits distincts ayant pu être distinctement hypothéqué par leurs titulaires respectifs, il impliquerait que la purge faite par l'un eût son effet d'affranchissement même par rapport aux droits réels constitués par l'autre. Donc, l'acquéreur en réméré n'exonère, en purgeant, que le droit qu'il possède et tel qu'il le possède. Et si la purge devient définitive, comme le décide la jurisprudence, ce ne peut être que dans le cas où la faculté de réméré ne sera pas exercée par le vendeur qui se l'était réservée. Seulement, il en est ainsi alors, non point précisément par l'effet de la purge, mais en vertu des principes sur les conditions. Lorsque le vendeur n'a pas usé de la faculté de réméré, la condition résolutoire du contrat a défailli, et, par suite, les hypothèques qui existaient du chef de ce dernier s'évanouissent complétement ou disparaissent rétroactivement, comme si elles n'avaient jamais existé (voy. nos 637 et suiv.).

V. — 1287. Dans tout ce qui précède, nous nous sommes occupé de difficultés que nos articles préjugent plutôt qu'ils ne les résolvent directement. Nous arrivons maintenant à l'objet même de ces articles, c'est-à-dire aux formalités de la purge hypothécaire. D'après l'article 2181, les contrats translatifs de la propriété d'immeubles ou droits réels immobiliers, que les tiers détenteurs voudront purger des

(1) Voy. Montpellier, 4 mars 1841 ; Rouen, 1er juill. 1846 ; Rej., 14 avr. 1847 ; Grenoble, 17 févr. 1849 (*J. Pal.*, 1846, t. II, p. 285 ; 1847, t. I, p. 616 : 1850, t. I, p. 165 ; S.-V., 47, 1, 341 ; 49, 2, 543 ; Dall., 47, 1, 217 ; 51, 2, 235).

priviléges et hypothèques, seront transcrits en entier par le conservateur des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés; cette transcription se fera sur un registre à ce destiné, et le conservateur sera tenu d'en donner reconnaissance au requérant. Quel est l'objet de la transcription dont parle cet article? Quand et où doit-elle avoir lieu? Comment et dans quelle mesure doit-elle être faite? Ce sont là les questions diverses qu'il s'agit d'examiner.

1288. Et d'abord, quel est l'objet de la transcription placée ici par la loi en tête des formalités de la purge? Ce point, que la loi fixe aujourd'hui d'une manière certaine, a eu, en législation, des phases diverses. Sous le Code civil, il avait soulevé la question de savoir si les rédacteurs de l'art. 2181 avaient entendu confirmer le principe de la loi de brumaire, qui faisait de la transcription une condition nécesssaire de la transmission de la propriété à l'égard des tiers, ou s'ils avaient voulu s'éloigner de ce principe, et si, tout en parlant de la transcription, ils avaient voulu ne pas déroger à la règle de l'art. 1583, d'après laquelle la vente est parfaite et la propriété transmise à l'acquéreur par le seul consentement des parties. Nous avons rendu compte de ceci dans notre commentaire des art. 2106 et suivants (voy. n[os] 252 et suiv., et 310 et suiv.), et nous savons que la doctrine et la jurisprudence avaient cru devoir se rattacher à ce dernier parti. Donc, sous l'empire du Code civil, la transcription était considérée comme n'ajoutant rien à la perfection de la vente : tout à fait étrangère à la question de propriété, elle était simplement un préliminaire obligé de la purge hypothécaire, un moyen prescrit par le législateur pour arriver au purgement des hypothèques *qui se trouvaient inscrites avant la vente* (1).

Mais il pouvait arriver, dans ce système, que le débiteur, après avoir consenti une hypothèque, l'anéantît aussitôt en aliénant l'immeuble par lui hypothéqué. Les art. 834 et 835 du Code de procédure furent édictés pour prévenir ces combinaisons frauduleuses : sous l'empire de ces dispositions nouvelles, la transcription a eu un objet moins secondaire et mieux dessiné. Elle a été alors une sorte de mise en demeure, un avertissement donné aux créanciers non inscrits, et, comme on l'a dit, un *appel à leurs inscriptions*. Et comme une mise en demeure, un avertissement d'avoir à faire une chose impliquent habituellement un délai, les créanciers non inscrits avant la vente ont eu le droit, en vertu des articles précités du Code de prodédure, de s'inscrire non-seulement jusqu'à la transcription, mais encore dans la quinzaine de la transcription (2).

Enfin un nouvel état de choses a été créé par la loi du 23 mars 1855.

---

(1) Voy. les arrêts de la Cour d'Angers, 23 avr. 1809; Paris, 22 déc. 1809; Turin, 23 nov. 1810 et 11 déc. 1812, et de la Cour de cass., 29 juin et 13 déc. 1813, 22 févr. 1825, 24 mars et 25 août 1829, et 27 nov. 1835; Montpellier, 9 nov. 1850 (S.-V., 29, 1, 162; 30, 1, 338; 35, 1, 900; 51, 2, 650).

(2) Quelques arrêts sont allés même jusqu'à décider que lorsqu'une adjudication a été suivie de surenchère, cette surenchère entraînant la révocation de la purge, le vendeur recouvre la faculté de faire opérer l'inscription dans la quinzaine qui suit la

Cette loi, en abrogeant formellement les art. 834 et 835 du Code de procédure et en rétablissant la transcription comme moyen de consolider la propriété au regard des tiers, est revenue au principe de la loi de brumaire. Néanmoins la transcription reste, comme elle était sous le Code civil, un acte préliminaire à la purge hypothécaire; la loi nouvelle ne lui enlève pas ce caractère. Mais ce qui n'avait pas de signification précise sous le Code civil se trouve avoir aujourd'hui un sens très-net et très-arrêté. Quand la vente était considérée comme transmettant la propriété vis-à-vis de tous, parler de transcription même pour en faire l'acte préliminaire à la procédure de purge, c'était s'arrêter à la chose du monde la plus inutile; car si la convention avait par elle seule l'effet de transmettre la propriété même au regard des tiers, à quoi bon la transcrire? Et dès que l'acte était nécessairement réputé connu de tous, puisqu'il était opposable à tous, à quoi bon le publier? Les créanciers eux-mêmes étaient sans intérêt, puisqu'ils doivent recevoir notification du titre, et que cette notification, qui va directement à leur personne, est bien mieux faite que la transcription dans les bureaux du conservateur pour les mettre en mesure de délibérer sur le parti qu'ils ont à prendre. Au contraire, on conçoit à merveille que la transcription soit présentée comme un préalable obligé de la purge hypothécaire dans un système qui fait de cette même transcription le moyen qui procure l'exercice utile du droit de propriété. Cela revient à dire que la transcription, qui seule peut opérer le transport de la propriété par rapport aux tiers, peut seule aussi et par cela même créer la faculté de purger, cette faculté ne pouvant appartenir qu'à celui qui est devenu propriétaire. C'est là probablement, comme nous avons essayé de l'établir dans notre commentaire des art. 2106 et suivants, ce que les rédacteurs du Code avaient voulu dire dans des textes dont la doctrine et la jurisprudence avaient, à notre avis, faussé la pensée. Quoi qu'il en soit, cette pensée a été rétablie par la loi du 23 mars 1855, et désormais c'est dans ce sens que l'art. 2181 doit être interprété.

1289. La loi ne fixe aucun délai pour faire la transcription; il n'y avait pas, en effet, de délai à fixer. La purge des hypothèques et des priviléges est essentiellement facultative; l'acquéreur ou le nouveau propriétaire doit donc rester maître de choisir son temps pour exercer la faculté qui lui est donnée par la loi. Seulement, aujourd'hui que la transcription est redevenue l'acte nécessaire pour consolider sur la tête de l'acquéreur, au regard des tiers, la propriété par lui acquise, on comprend que celui-ci ne devra mettre aucun retard à requérir la formalité : tout retard serait un danger, puisque, tant que la transcription n'est

transcription de la seconde adjudication. Voy. Bordeaux, 24 avr. 1845; Besançon, 13 juin 1848 (*J. Pal.*, 1846, t. I, p. 548; S.-V., 51, 2, 650). Mais la Cour de cassation était sur ce point d'un avis différent; et, dans une espèce régie par les dispositions du Code de procédure, elle a décidé que la surenchère n'avait pas pour effet de relever le créancier de la déchéance qu'il avait encourue en ne prenant pas inscription dans la quinzaine de la transcription du contrat de vente. Voy. Rej., 23 févr. 1857 (*J. Pal.*, 1858, p. 472; Dall., 57, 1, 88; S.-V., 57, 1, 359).

pas faite, l'immeuble pourrait être grevé de charges nouvelles du chef de l'ancien propriétaire, et même échapper à l'acquéreur par l'effet d'une seconde aliénation. Celui-ci préviendra ces dangers en s'empressant de transcrire. Mais quelque empressement qu'il y mette, la condition ne sera pas changée : la purge, quoique entamée en quelque sorte par l'accomplissement de l'acte préliminaire, n'en demeurera pas moins facultative, en sorte que l'acquéreur sera toujours libre de suivre ou de s'arrêter.

1290. La transcription est faite, aux termes de l'art. 2181, par le conservateur des hypothèques dans l'arrondissement duquel sont situés les immeubles qu'il s'agit de purger. Elle a lieu sur un registre *à ce destiné,* c'est-à-dire sur un registre distinct de celui des inscriptions. Et comme l'acquéreur doit, ainsi qu'on le verra ultérieurement, justifier de la transcription, le conservateur est tenu *de lui donner reconnaissance,* comme l'exprime cet article, ce qui veut dire que le conservateur remettra à l'acquéreur qui a requis la transcription un certificat ou une attestation constatant que la transcription a été faite.

1291. Mais qu'est-ce qui doit être transcrit? C'est le *titre d'acquisition.* L'art. 2181 parle du *contrat* translatif de la propriété. Toutefois il se peut que le droit du nouveau propriétaire procède d'un testament qui l'aurait institué légataire particulier ou d'un autre acte constatant un fait translatif de propriété, et auquel ne s'appliquerait pas juridiquement la qualification de *contrat.* Or il n'est pas douteux que le législateur n'a pas entendu priver de la faculté de purger tous ceux dont le titre d'acquisition serait un testament ou un autre acte qui ne serait pas un contrat proprement dit. Il faut donc rectifier le texte dans le sens ci-dessus indiqué.

Notons seulement qu'en ce qui concerne le légataire particulier, une difficulté va surgir de la loi du 23 mars 1855, dont l'art. 1er n'impose l'obligation de transcrire, en principe, que pour les actes *entre-vifs* translatifs de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèque. Mais, nous l'avons dit plus haut (nº 1288), la loi de 1855, en faisant de la transcription un moyen de consolider la propriété au regard des tiers, ne l'a pas destituée du caractère et de l'effet qu'elle a au point de vue de la purge hypothécaire dont elle est l'acte préliminaire. D'après cela, on dira que si le légataire particulier n'a pas besoin de la transcription pour opposer à tous le droit de propriété résultant du testament et pour le faire prévaloir sur tous actes que l'héritier aurait pu faire avec des tiers à propos de la propriété léguée, la transcription lui sera nécessaire, au contraire, dès qu'il voudra purger l'immeuble des priviléges ou des hypothèques qui le grèvent; et que, nonobstant la loi de 1855, qui n'exige la transcription que pour les actes *entre-vifs,* la procédure de la purge devra, pour lui comme pour tous autres, être précédée de la transcription de son titre.

1292. C'est la transcription du titre même d'où procède le droit du nouveau propriétaire ou de l'acquéreur qui ouvre la procédure de la purge. A ce propos, la pratique a fait naître une question indiquée plus

haut (voy. n° 1124), qui a eu sa grande importance sous l'empire des art. 834 et 835 du Code de procédure, quand la transcription était considérée comme une mise en demeure et un appel aux inscriptions des créanciers. On se demandait si lorsqu'un immeuble avait été l'objet de plusieurs ventes successives, le dernier acquéreur qui voulait purger devait faire transcrire non-seulement son titre, mais encore tous les titres des précédents acquéreurs. Il y avait là-dessus, dans la doctrine des auteurs, une opinion assez généralement reçue qui consistait à distinguer entre le cas où le dernier contrat donnait la nomenclature exacte de tous les précédents vendeurs, cas auquel la transcription qui était faite de ce contrat était considérée comme suffisante pour mettre en demeure tous les créanciers sans distinction, et le cas où le contrat ne contenait pas cette nomenclature, auquel cas le dernier acquéreur devait faire transcrire tous les contrats antérieurs. Toutefois la jurisprudence de la Cour de cassation s'était prononcée d'une manière persévérante contre cette distinction ; et, soit que le dernier contrat indiquât, soit qu'il n'indiquât pas les anciens propriétaires de l'immeuble, elle décidait que le propriétaire actuel n'avait à faire transcrire que ce contrat (1). C'est aussi l'avis auquel nous nous rattachons, en faisant remarquer, d'ailleurs, que la question ne s'élèvera probablement plus qu'à l'occasion de quelques contrats anciens, parce qu'en présence de la loi de 1855 qui a rétabli la transcription translative, il n'est pas probable que la formalité soit désormais négligée.

1293. Enfin, l'art. 2181 demande une transcription *en entier* des titres translatifs. Mais ici il faut s'entendre sur la portée de l'expression. Il en résulte assurément que le conservateur des hypothèques ne pourrait pas accepter, pour le transcrire sur le registre des transcriptions, un résumé ou une simple analyse du titre translatif, et qu'en toute hypothèse il devra exiger et reproduire sur le registre la copie littérale et complète du titre translatif de la propriété (2). Mais s'il s'agit d'un de ces actes qui sont nécessairement complexes, comme les liquidations, les partages, les actes de société stipulant l'apport d'immeubles ; de ces actes enfin qui, bien qu'uniques dans la forme, contiennent des dispositions distinctes et indépendantes : il doit suffire de transcrire en entier la disposition relative à la transmission de l'immeuble que le requérant se propose de purger. C'est l'opinion que nous avons soutenue ailleurs (3), et nous ne pouvons qu'y persister : exiger, en ce cas, une transcription *entière* dans le sens absolu du mot, ce serait, en exagérant la pensée de la loi, surcharger la procédure et ajouter aux frais, le tout sans aucune utilité réelle pour les parties.

VI. — 1294. Complétons nos observations par quelques mots sur

---

(1) Voy. Cass., 17 oct. 1810; Rej., 13 déc. 1813 et 14 janv. 1818 (Dall., *Rec. alph.*, t. IX, p. 88 et 306). Voy. aussi Bordeaux, 16 mai 1859 (*J. Pal.*, 1860, p. 1168).

(2) Voy., en ce sens, un jugement du Tribunal de Pont-Audemer du 29 déc. 1829, rapporté par M. Baudot (t. II, p. 9), et les arrêts des Cours d'Amiens, 15 nov. 1838; Orléans, 7 juin 1839, et Paris, 26 juin 1840 (S.-V., 39, 2, 241 et 342; 40, 2, 487).

(3) Voy. *Rev. crit.* (t. IV, p. 174). — *Comp.* Rej., 28 mai 1862 (Dall., 62, 1, 228; S.-V., 62, 1, 961; *J. Pal.*, 1862, p. 921).

l'art. 2182. Cet article dit dans deux paragraphes distincts : d'une part, que la simple transcription des titres translatifs de propriété sur les registres du conservateur ne purge pas les hypothèques et priviléges établis sur l'immeuble; d'une autre part, que le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété qu'il avait lui-même sur la chose vendue, et qu'il la transmet sous l'affectation des mêmes priviléges et hypothèques dont il était chargé. Ce sont là deux propositions évidentes par elles-mêmes. Il est certain, en effet, que le vendeur ou tout autre aliénateur à un titre quelconque (car la règle doit être généralisée, quoique l'art. 2182 ne mentionne que le vendeur) ne peut transmettre à l'acquéreur d'autres droits que ceux qu'il a lui-même; et il est tout aussi évident que la transcription, simple préliminaire de la purge, ne saurait avoir pour effet de purger par elle-même la propriété. Tout ceci, nous le répétons, est si évident de soi-même que ce n'était pas la peine de l'inscrire dans la loi. Il n'y a donc ici qu'un de ces articles, comme on en trouve trop, qui *exposent* et ne *disposent* pas; et il semble n'avoir été mis à la place qu'il occupe que comme transition aux formalités et conditions décrites par les articles suivants, dont l'ensemble constitue la procédure sur la purge hypothécaire.

2183. — Si le nouveau propriétaire veut se garantir de l'effet des poursuites autorisées dans le chapitre VI du présent titre, il est tenu, soit avant les poursuites, soit dans le mois, au plus tard, à compter de la première sommation qui lui est faite, de notifier aux créanciers, aux domiciles par eux élus dans leurs inscriptions,

1° Extrait de son titre, contenant seulement la date et la qualité de l'acte, le nom et la désignation précise du vendeur ou du donateur, la nature et la situation de la chose vendue ou donnée; et, s'il s'agit d'un corps de biens, la dénomination générale seulement du domaine et des arrondissements dans lesquels il est situé, le prix et les charges faisant partie du prix de la vente, ou l'évaluation de la chose, si elle a été donnée;

2° Extrait de la transcription de l'acte de vente;

3° Un tableau sur trois colonnes, dont la première contiendra la date des hypothèques et celle des inscriptions; la seconde, le nom des créanciers; la troisième, le montant des créances inscrites.

2184. — L'acquéreur ou le donataire déclarera, par le même acte, qu'il est prêt à acquitter, sur-le-champ, les dettes et charges hypothécaires, jusqu'à concurrence seulement du prix, sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles (1).

---

(1) Cette même procédure a été établie pour la purge des hypothèques maritimes par la loi du 10 déc. 1874, dont les art. 19 et 20 reproduisent les articles ci-dessus, en les appropriant à la matière spéciale :

« Art. 19. L'acquéreur d'un navire ou d'une portion de navire hypothéqué qui veut se garantir des poursuites autorisées par l'article précédent est tenu, avant la

SOMMAIRE.

I. 1295. Objet des notifications prescrites par nos articles, et division.

II. 1296. Des conditions et de la forme des notifications. Elles peuvent être faites avant toutes poursuites. — 1297. Mais si l'acquéreur a été devancé par les poursuites des créanciers, elles doivent être faites dans le mois au plus tard de la sommation de payer ou délaisser. — 1298. La sommation dont il s'agit ici se confond avec celle de l'art. 2169. En conséquence, le mois doit être invariablement fixé à une période *de trente jours*. — 1299. Même quand il a été fait des sommations à des dates différentes par divers créanciers, c'est la première qui fait courir le délai pour tous.

III. 1300. Les notifications doivent être faites à tous les créanciers inscrits avant la transcription. — 1301. Elles doivent leur être faites individuellement. — 1302. Toutefois, la circonstance que plusieurs des créanciers auraient été omis n'entraînerait pas la nullité des notifications faites aux autres. — 1303. Elles doivent être faites aux créanciers, aux domiciles par eux élus dans l'inscription. — 1304. Elles ont lieu d'après le mode réglé par l'art. 832 du Code de procédure ; ainsi, elles sont faites par un huissier commis, et doivent contenir constitution d'avoué. A qui appartient le droit de dresser et composer l'extrait et le tableau à insérer dans les notifications ? A qui le droit de faire les copies de l'extrait ? — 1305. Transition aux indications.

IV. 1306. La première des indications que les notifications doivent contenir est relative au titre même d'acquisition : date et qualité de l'acte ; désignation de l'auteur du nouveau propriétaire ; désignation, par leur nature et leur situation, des biens objet de la purge, suivant qu'il s'agit d'un immeuble seulement ou d'un corps de biens. — 1307. Enonciation du prix : elle est faite soit par la reproduction du chiffre porté au contrat d'acquisition s'il comporte l'expression d'un prix, soit, dans le cas contraire, par l'indication de la somme à laquelle l'immeuble est évalué par le nouveau propriétaire.

V. 1308. Lorsque le nouveau propriétaire a acquis, pour un prix unique, soit des meubles avec des immeubles, soit divers immeubles qui ne sont pas tous hypothéqués, il détermine par ventilation le prix particulier pour lequel il a entendu acquérir l'immeuble affecté de l'hypothèque. — 1309. Dans tous les cas où elle doit être faite, la ventilation est à la charge du nouveau propriétaire, sauf le contrôle du vendeur et des créanciers. — 1310. La ventilation, quand il y a lieu de la faire, est une condition nécessaire pour la validité des notifications. — 1311. Dans toutes les hypothèses, le nouveau propriétaire doit énoncer avec le prix les charges qui en font partie ; — 1312. Mais il n'est pas tenu de faire une évaluation des charges : controverse.

VI. 1313. La deuxième indication est relative à la transcription : la disposition du Code sur ce point doit être conférée avec celle de la loi de brumaire et rectifiée par les termes de cette dernière loi.

VII. 1314. Enfin, la troisième indication est relative à la situation hypothécaire des biens objet de la purge. L'indication est faite au moyen d'un tableau donnant, sur trois colonnes, la date des hypothèques et celle des inscriptions, le nom des créanciers, et le montant des créances inscrites. — 1315. *Quid* dans le cas où les notifications émanent de divers propriétaires agissant collectivement à fin de purge ? Le tableau doit-il spécifier, dans ce cas, les immeubles distinctement affectés à chaque créance ?

VIII. 1316. Indépendamment de ces indications, l'acte de notification doit contenir, de la part du nouveau propriétaire, déclaration qu'il est prêt à acquitter, sur-le-champ, jusqu'à concurrence de la valeur des biens objet de la purge,

---

poursuite ou dans le délai de quinzaine, de notifier à tous les créanciers inscrits sur l'acte de francisation, au domicile élu dans les inscriptions :

» 1° Un extrait de son titre indiquant seulement la date et la nature de l'acte, le nom du vendeur, le nom, l'espèce et le tonnage du navire et les charges faisant partie du prix ;

» 2° Un tableau, sur trois colonnes, dont la première contiendra la date des inscriptions ; la seconde, le nom des créanciers ; la troisième, le montant des créances inscrites.

» Art. 20. L'acquéreur déclarera, par le même acte, qu'il est prêt à acquitter sur-le-champ les dettes hypothécaires jusqu'à concurrence seulement de son prix, sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles. »

les dettes et charges hypothécaires, sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles. — 1317. L'offre de payer n'a pas besoin d'être faite en termes sacramentels : des équivalents; jurisprudence. — 1318. Mais elle doit être faite sans aucune réserve ni déduction, au profit soit du vendeur, soit de tout autre.

IX. 1319. Le nouveau propriétaire n'a pas à offrir, dans les notifications, les intérêts de son prix.

X. 1320. L'offre engendre une obligation personnelle qui ne permet pas au nouveau propriétaire de s'en départir sans le consentement des créanciers. — 1321. Il en est ainsi même quand l'offre a été suivie d'une réquisition de surenchère; et pourquoi. — 1321 *bis*. Toutefois, l'obligation est toute personnelle à l'acquéreur et ne saurait préjudicier aux droits des créanciers autres que ceux envers qui les formalités de la purge ont été accomplies.

XI. 1322. Des irrégularités commises dans les notifications : elles ne sont susceptibles d'entraîner nullité que dans le cas où elles sont telles que les notifications qui en sont affectées ne peuvent pas remplir leur objet. — 1323. Mais la nullité n'est opposable ni par l'auteur du nouveau propriétaire, ni par les créanciers qui ont reçu des notifications régulières. — 1324. Et elle peut être couverte par la volonté du créancier qui renoncerait à l'opposer, ou par des faits impliquant cette volonté; mais non par une réquisition de surenchère.

I. — 1295. La purge est, comme nous l'avons dit, un moyen offert à l'acquéreur ou nouveau propriétaire de se libérer des charges hypothécaires grevant l'immeuble par lui acquis, non pas en abandonnant cet immeuble ou en payant la totalité de la dette hypothécaire, mais en retenant l'immeuble, sauf à offrir et à payer la valeur représentative aux créanciers s'ils la trouvent suffisante et veulent s'en contenter. Ainsi, à l'origine même de la procédure, les créanciers inscrits sur l'immeuble détenu par le nouveau propriétaire sont placés dans l'alternative soit d'accepter la somme à eux offerte s'il leur paraît que cette somme, suffisante ou non pour couvrir la totalité de la dette hypothécaire, est la représentation de la valeur réelle du bien qu'il s'agit de purger, soit, s'ils pensent que l'immeuble est d'une valeur supérieure au montant de la somme offerte, de refuser l'offre en requérant, comme l'art. 2185 leur en donne le droit, la vente publique de l'immeuble, pour que les enchères en portent le prix à une somme plus en rapport avec sa véritable valeur. Il faut donc que les créanciers soient tout d'abord mis en mesure d'opter en connaissance de cause entre les deux partis. De là l'obligation, pour le nouveau propriétaire, de leur faire les notifications et l'offre prescrites par les art. 2183 et 2184, lesquelles ont précisément pour objet de leur fournir toutes les indications propres à les éclairer dans la détermination qu'ils ont à prendre.

Nous aurons à nous occuper successivement ici : 1° des conditions et de la forme dans lesquelles les notifications doivent se produire, ce qui nous amènera à préciser le moment auquel elles peuvent ou doivent être faites, à quels créanciers elles doivent être faites, comment, où et suivant quel mode elles doivent leur être adressées; 2° des notifications en elles-mêmes et de ce qu'elles doivent contenir, ce qui appellera l'attention sur les trois indications distinctes formulées dans l'art. 2183, l'une relative au titre même du nouveau propriétaire, l'autre concernant la transcription, la troisième touchant la situation hypothécaire du bien qu'il s'agit de purger, et sur l'offre de payement exigée par l'art. 2184; 3° enfin des irrégularités qui pourraient avoir été com-

mises dans les notifications, ce qui nous conduira à rechercher quels sont ceux qui auraient à se prévaloir de ces irrégularités, et quand elles sont assez graves pour entraîner la nullité des offres.

II. — 1296. Le nouveau propriétaire, après avoir donné à son titre la sanction de la transcription qui, en consolidant la propriété sur sa tête, lui ouvre la voie de la purge (voy. *suprà*, n° 1288), reste entièrement libre de suivre cette voie ou de ne pas s'y engager : la purge, en effet, est essentiellement facultative. Par cela même, le nouveau propriétaire peut entamer la procédure de la purge quand son titre est transcrit; il n'a nullement besoin d'attendre la poursuite des créanciers. Dès qu'il existe des hypothèques inscrites sur les biens par lui détenus, il a intérêt à les en affranchir; et sans avoir à attendre que les créanciers inscrits agissent contre lui, sans avoir non plus à mettre en demeure son auteur de lui rapporter mainlevée des inscriptions (1), il peut prendre l'initiative et manifester immédiatement, par des notifications faites aux créanciers, sa volonté de purger. L'art. 2183 l'y autorise formellement, en exprimant que le nouveau propriétaire, tenu de faire les notifications, peut les faire *avant les poursuites*.

1297. Mais si, au lieu de prendre l'initiative, le nouveau propriétaire se laisse devancer; si, au lieu d'agir spontanément, il attend la sommation de l'art. 2169, qui est, de la part des créanciers, la mise en demeure par laquelle ils préludent à leurs poursuites, la situation n'est plus la même. La purge reste encore facultative en ce sens que le nouveau propriétaire n'est pas obligé d'y procéder; mais il n'est plus entièrement libre de prendre son jour, il faut qu'il se décide dans un délai déterminé : l'art. 2183 dit, en effet, que, devancé par les poursuites des créanciers, le nouveau propriétaire doit notifier *dans le mois, au plus tard, à compter de la première sommation qui lui est faite* (2).

C'est là un délai de rigueur à l'expiration duquel il y a déchéance (3), à moins que la sommation des créanciers, qui fixe le point de départ du délai, ne soit entachée de nullité, ou que les créanciers ne consentent à ne pas opposer la déchéance.

Mais il n'appartiendrait pas aux tribunaux d'en relever le nouveau propriétaire qui l'aurait encourue, ni de proroger, pour une cause quelconque, le délai fixé par la loi (4). Sous ce rapport, nous considérons comme mal rendue une décision de la Cour de Toulouse, qui, en déclarant nulles des notifications contenant, de la part de l'acquéreur, réserve d'exercer l'action *quanti minoris*, à raison d'un défaut de contenance dans l'immeuble vendu, a jugé que, dans ce cas, l'acquéreur

(1) Voy. Limoges, 18 déc. 1840 (S.-V., 41, 2, 185; Dall., 41, 2, 117).

(2) L'art. 19, § 1er, de la loi du 10 décembre 1874, reproduit en note plus haut, contient la même disposition. Seulement, il réduit le délai d'un mois *à quinze jours*. Le point de départ du délai est aussi la date de la première sommation faite à l'acquéreur, bien qu'à la différence de l'art. 2183 du Code civil, l'art. 19 de la loi spéciale ne le dise pas.

(3) Caen, 17 juin 1823; Paris, 18 mai 1832; Toulouse, 29 juin 1836; Bordeaux, 11 déc. 1839; Limoges, 14 juill. 1847 (S.-V., 25, 2, 323; 32, 2, 402; 37, 2, 27; 40, 2, 198; 47, 2, 625; Dall., 32, 2, 402; 33, 2, 42; 40, 2, 127; *J. Pal.*, 1848, t. I, p. 75).

(4) Voy. l'arrêt cité de la Cour de Caen du 17 juin 1823.

a néanmoins la faculté de renouveler les notifications, et que le délai courra seulement du jour où sera rendue la décision judiciaire sur l'action *quanti minoris,* sauf aux juges à assigner un terme à la durée de l'instance et à la proroger si, par des circonstances étrangères à l'acquéreur, le délai fixé ne suffisait pas à l'achèvement de la procédure (1). La décision se condamne par son exagération même, puisque au moyen des prorogations que les circonstances pourraient rendre nécessaires pour la solution du procès incident, la procédure de la purge, dans le système de l'arrêt, pourrait être indéfiniment prolongée.

1298. Du reste, la sommation dont parle l'art. 2183 est celle-là même qui, aux termes de l'art. 2169, met en demeure le nouveau propriétaire de délaisser ou de purger. Il y a bien cette différence entre les deux textes, que le délai est fixé à *trente jours* dans l'art. 2169, tandis qu'il est parlé d'*un mois* dans l'art. 2183; et cette différence avait conduit quelques tribunaux à décider qu'il s'agit, dans les deux articles, de deux sommations différentes (2). Mais la jurisprudence et les auteurs ont justement reconnu que les deux sommations se confondent (voy. *suprà,* n° 1149) : tout ce qui résulte du rapprochement des art. 2183 et 2169, c'est que le mois dont il est question dans le premier doit être invariablement fixé à une période de trente jours (3). Cela étant, nous n'avons plus à dire ici comment les trente jours doivent être calculés; il nous suffit, à cet égard, de nous référer à nos observations sur l'article 2169 (voy. *suprà,* n° 1153).

1299. Rappelons aussi, en nous référant à ces mêmes observations, que la sommation faite par l'un des créanciers inscrits profite à tous les autres, en ce sens que, faisant courir le délai de trente jours, elle permet à chacun d'eux d'opposer la déchéance dès que les trente jours sont expirés (voy. n° 1154). L'art. 2183 est très-précis sur ce point, en ce qu'il oblige le nouveau propriétaire à faire sa notification dans le mois, au plus tard, *à compter de la première sommation qui lui est faite,* indiquant par là que, quand bien même des créanciers auraient cru devoir faire successivement des sommations à des dates diverses, c'est toujours la première qui met le nouveau propriétaire en demeure, et qui par conséquent fait courir le délai par rapport à tous les créanciers.

III. — 1300. Les notifications doivent être faites aux créanciers *inscrits.* Le Code de procédure avait fait à cette règle une limitation notable, en ce que, bien qu'il eût laissé aux créanciers un délai de quinzaine à partir de la transcription pour s'inscrire, l'art. 835 permettait cependant au nouveau propriétaire de ne pas faire ses notifications aux créanciers dont l'inscription n'était pas antérieure à la transcription. C'était une conséquence du principe qui permet au nouveau proprié-

---

(1) Voy. Toulouse, 17 juill. 1844 (*J. Pal.*, 1844, t. II, p. 217).
(2) Voy. notamment les arrêts de Nîmes des 4 juin 1807 et 6 juill. 1812.
(3) Voy. les autorités citées en note du n° 1149. Voy. aussi Req., 25 nov. 1862 (S.-V., 63, 1, 149; *J. Pal.*, 1864, p. 652; Dall., 63, 1, 209); MM. Aubry et Rau (t. II, p. 938, note 4; 4e édit., t. III, p. 512, notes 3 et 4); Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. V, p. 260, note 7).

taire de devancer toutes poursuites et, si cela lui convient, de commencer les formalités de la purge dès son entrée en possession. Aujourd'hui, l'art. 835 du Code de procédure est abrogé ; néanmoins, en présence de la loi du 23 mars 1855, on comprend que c'est encore seulement aux créanciers inscrits avant la transcription du titre du nouveau propriétaire que les notifications pourront être faites, puisque, d'après cette loi, la transcription arrête le cours des inscriptions.

1301. Mais elles doivent être faites aux créanciers individuellement. Dans une espèce où plusieurs créanciers ayant une créance commune résultant d'un même titre avaient pris conjointement une seule inscription, élu un seul domicile et adressé au tiers détenteur une seule sommation, on a soutenu que les notifications devaient être considérées comme valables et suffisantes, bien qu'elles eussent été adressées en une seule copie à tous les créanciers. Mais la prétention a été rejetée. La créance commune, a dit avec raison la Cour de Bourges (1), étant par sa nanature essentiellement divisible, les divers propriétaires de la créance formaient évidemment autant de créanciers. S'ils ont procédé conjointement, leurs droits n'ont pas cessé d'être distincts ; ainsi chacun d'eux avait, en vertu de son intérêt dans la créance, droit de surenchérir, et chacun d'eux, par conséquent, devait être mis en demeure comme s'il eût procédé seul.

Ceci est incontestable ; et, comme l'exprime la Cour de Bourges ellemême, il n'y aurait exception que dans le cas où les notifications seraient faites à un corps moral ou à une union de créanciers ayant un représentant.

1302. Toutefois gardons-nous de conclure que la purge n'est valable qu'autant que les notifications ont été faites à *tous* les créanciers qui ont pris inscription. La purge ne sera complète, sans doute, que si aucun des créanciers inscrits n'a été omis ; mais l'omission de l'un ou de plusieurs ne saurait faire que la purge ne soit pas valable à l'égard des créanciers auxquels des notifications, régulières d'ailleurs, ont été adressées. Ainsi, que le créancier omis s'autorise de l'omission pour dire qu'à défaut de notification son action hypothécaire reste entière, il le peut et c'est son droit ; mais ce droit est tout à fait étranger à ceux des créanciers auxquels les notifications ont été faites ; et si ceux-ci voulaient s'en prévaloir pour prétendre qu'eux aussi ils peuvent contraindre le nouveau propriétaire à payer ou délaisser s'il ne veut être exproprié, ils seraient écartés invinciblement par la règle qu'il n'appartient à personne d'exciper du droit d'autrui (2).

1303. Les notifications doivent être faites aux créanciers inscrits *aux domiciles par eux élus dans leurs inscriptions :* ce sont les termes de l'art. 2183, auxquels il convient d'ajouter, d'après la disposition finale de l'art. 2156, que les notifications devront être ainsi faites nonobstant le décès, soit des créanciers, soit de ceux chez lesquels ils

(1) Voy. Bourges, 9 janv. 1857 (*J. Pal.*, 1858, p. 13 ; S.-V., 57, 2, 254 ; Dall., 57, 2, 195).
(2) *Sic :* Rej., 28 mai 1817.

auraient fait élection de domicile (voy. *suprà*, n° 1068) (1). Que si l'inscription ne contient pas élection de domicile, le nouveau propriétaire peut bien se dispenser de faire les notifications; mais, comme nous pensons, contrairement à la jurisprudence de la Cour de cassation, que le défaut d'élection de domicile dans l'inscription n'a pas pour effet d'annuler l'inscription, nous tenons que le droit du créancier reste entier dans ce cas, et, par conséquent, que le créancier pourra surenchérir et intervenir à l'ordre s'il est informé du fait de la purge : c'est ce que nous expliquons au n° 970.

1304. Enfin, quant au mode suivant lequel les notifications doivent être faites, il est réglé par l'art. 832 du Code de procédure. D'après cet article, les notifications requises par l'art. 2183 (ainsi que les réquisitions autorisées par l'art. 2185, auquel nous allons arriver) sont faites par un huissier commis à cet effet, sur simple requête, par le président du tribunal de première instance de l'arrondissement où elles ont lieu; et elles doivent contenir constitution d'avoué près le tribunal où la surenchère et l'ordre doivent être portés.

Sur ce mode en lui-même, il n'y a rien à remarquer, si ce n'est que la notification faite autrement que par un huissier commis serait nulle, comme procédant d'un officier ministériel sans caractère légal (2).

Mais le mode fixé par la loi a fait naître une question d'attribution entre les avoués et les huissiers; il s'est agi de savoir auxquels de ces officiers ministériels appartient le droit de rédaction, et particulièrement le droit de composer l'extrait du titre et le tableau que les notifications doivent contenir. Là-dessus s'est élevé une très-vive controverse entre les avoués et les huissiers, ceux-là prétendant à un droit exclusif, ceux-ci réclamant au moins un droit de concurrence. Toutefois la question est définitivement résolue dans le premier sens par plusieurs arrêts, et notamment part un arrêt de la Cour de cassation dont les motifs sont décisifs. « L'accomplissement des formalités tendant à la purge des hypothèques, dit en effet l'arrêt, constitue une procédure spéciale qui, sans être contentieuse à son début, contient cependant tous les éléments d'une contestation possible. Dès le premier pas de cette procédure, le ministère d'avoué est exigé, puisqu'une requête, qui ne peut être que l'œuvre d'un avoué, doit être présentée au président du tribunal. L'extrait du contrat et le tableau qui doivent être notifiés, formant l'élément principal de la procédure, ne peuvent être dressés ou composés que par l'avoué déjà chargé de représenter l'acquéreur : on ne saurait, en effet, confondre ce travail, qui présente quelquefois de sérieuses difficultés, avec les simples copies de pièces qu'il appartient aux huissiers de certifier concurremment

---

(1) Il a été jugé que l'acquéreur qui veut purger en payant immédiatement la seule créance inscrite sur l'immeuble signifie valablement au créancier des offres réelles au domicile élu dans l'inscription, alors même que l'acte constitutif d'hypothèque contiendrait une élection de domicile différente pour le payement... Req., 24 mars 1862 (S.-V., 63, 1, 309; Dall., 62, 1, 468; *J. Pal.*, 1863, p. 387).

(2) Voy. Paris, 21 mars 1808; Turin, 1er juin 1811.

avec les avoués dans les notifications qu'ils ont à faire dans le cours d'une instance; et, du reste, le droit exclusif des avoués en cette matière est reconnu par un texte formel, par l'art. 143 du tarif, lequel, placé sous le titre *Des Avoués de première instance,* leur alloue un émolument pour la composition des extraits de l'acte de vente ou donation qui doit être délivrée aux créanciers par l'acquéreur ou le donataire... » (1)

Ce même arrêt semble indiquer qu'il en est autrement des copies de l'extrait à donner en tête de l'exploit de notification, et qu'à cet égard le droit de faire les copies et l'émolument appartiendrait aux huissiers. Toutefois cette difficulté même a été résolue en faveur des avoués par d'autres décisions, dont quelques-unes cependant ne leur accordent qu'un droit de concurrence (2).

1305. Sans nous arrêter davantage aux conditions et aux formes dans lesquelles les notifications doivent se produire, arrivons aux notifications considérées en elles-mêmes, et occupons-nous des indications qui doivent y être données.

IV. — 1306. La première des indications est relative au titre même du nouveau propriétaire : elle se compose d'éléments divers et nombreux. Ainsi l'art. 2183 qui demande la notification, non plus du *contrat d'acquisition,* comme cela était exigé par l'art. 30 de la loi du 11 brumaire an 7, mais d'un extrait du titre, veut que cet extrait contienne : 1° la date de l'acte et sa qualité, première énonciation qui met le créancier en mesure de retrouver le titre en se reportant au registre des transcriptions, et de voir s'il s'agit d'une vente, d'un échange, d'une donation, d'un testament, etc.; 2° le nom et la désignation précise, non pas, comme le dit trop restrictivement le texte, du vendeur ou du donateur, mais de l'auteur du nouveau propriétaire, car il faut que les créanciers puissent reconnaître si l'aliénation de leur gage est réellement le fait de leur débiteur; 3° la désignation précise du bien dont le nouveau propriétaire est en possession par la nature et la situation s'il s'agit d'un immeuble seul, ou, s'il s'agit d'un corps de biens, par la dénomination générale du domaine et des arrondissements de la situation, car il faut que les créanciers puissent vérifier l'identité de ces biens avec les immeubles qu'ils ont acceptés pour gage; 4° le prix et les charges faisant partie du prix, car il faut que les créanciers puissent apprécier si le prix est bien la valeur représentative de leur gage, et s'ils doivent s'en contenter plutôt que de requérir la surenchère autorisée par l'art. 2185.

1307. En ce qui concerne l'énonciation relative au prix, la seule sur laquelle nous ayons à insister, l'art. 2183 prévoit deux cas particuliers : celui de vente et celui de donation. Disons, sur le premier, que

(1) Voy. Rej., 20 août 1845 (S.-V., 45, 1, 753; Dall., 45, 1, 393; *J. Pal.*, 1845, t. II, p. 332). — *Junge :* Amiens, 24 nov. 1836; Orléans, 21 nov. 1844 (S.-V., 37, 2, 97; 45, 2, 45). Voy. cependant Trib. de Tours, 4 juill. 1844 (S.-V., 44, 2, 541).

(2) Voy. Paris, 5 août 1834, et Rej., 22 mai 1838; Nancy, 3 juill. 1834, et Trib. de Versailles, 9 févr. 1844 (S.-V., 38, 1, 643; 34, 2, 658; 45, 2, 48).

le nouveau propriétaire, en reproduisant dans les notifications le prix porté dans son contrat d'acquisition, satisfait à l'exigence de la loi (1), sauf ce que nous ajouterons tout à l'heure en parlant des charges faisant partie du prix (voy. n° 1311) ; et, quant au second, que le contrat prévu ne comportant pas l'expression d'un prix, le nouveau propriétaire y supplée en précisant une somme à laquelle il évalue l'immeuble. Il faut toutefois, en ce dernier point, généraliser la disposition et l'appliquer non pas seulement à la donation qui s'y trouve prévue, mais encore à tous autres titres translatifs, tels qu'échange, testament, qui ne comportent pas non plus l'expression d'un prix (2).

V. — 1308. Mais aux deux hypothèses réglées par l'art. 2183, il faut ajouter celle de l'art. 2192, dont le paragraphe premier est ainsi conçu : « Dans le cas où le titre du nouveau propriétaire comprendrait des immeubles et des meubles, ou plusieurs immeubles, les uns hypothéqués, les autres non hypothéqués, situés dans le même ou dans divers arrondissements de bureaux, aliénés pour un seul et même prix, ou pour des prix distincts et séparés, soumis ou non à la même exploitation, le prix de chaque immeuble frappé d'inscriptions particulières et séparées, sera déclaré dans la notification du nouveau propriétaire, par ventilation, s'il y a lieu, du prix total exprimé dans le titre. » Ainsi la loi prévoit ici le cas où le nouveau propriétaire détient des choses diverses acquises pour un prix unique : par exemple, il a acheté simultanément soit des meubles et des immeubles, soit plusieurs immeubles dont un ou quelques-uns seulement sont hypothéqués, soit divers immeubles tous hypothéqués, mais situés dans des arrondissements différents. Dans ces divers cas, les créanciers n'ont pas besoin de connaître le prix total de l'acquisition ; ils apprendraient même bien inutilement celui des choses qui ne sont pas grevées de leurs créances ou qu'ils ne peuvent pas atteindre quant à présent à raison de leur situation, puisqu'ils n'ont ni à l'accepter ni à le refuser : le nouveau propriétaire s'en tiendra donc à déterminer par ventilation le prix particulier pour lequel il a entendu acquérir l'immeuble ou chacun des immeubles affectés de l'hypothèque qu'il s'agit de purger (3).

1309. Dans tous les cas où elle doit être faite, la ventilation est à la

(1) Dans le cas, mentionné en note sous le n° 1270, où la purge est faite par un vendeur qui, remis en possession par l'effet de la résolution de la vente qu'il a fait prononcer contre son acquéreur, reprend son immeuble grevé d'hypothèques du chef de celui-ci, l'offre, dans les notifications, d'acquitter les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence du prix évalué par lui dans l'exploit, est suffisante et valable : le vendeur n'est pas tenu d'offrir le prix même de la vente résolue. C'est ce que décide l'arrêt du 28 nov. 1865 mentionné *loc. cit.*

(2) Voy. Paris, 28 juin 1847 (S.-V., 47, 2, 409 ; *J. Pal.*, 1847, t. II, p. 217). — La loi du 10 déc. 1874, relative à l'hypothèque maritime, ne prévoit que le cas de vente, par son art. 19, qui réduit les indications à fournir dans les notifications, à la date et à la nature de l'acte, au nom du vendeur, au nom, à l'espèce et au tonnage du navire, aux charges faisant partie du prix, enfin au tableau sur trois colonnes du n° 3 de l'art. 2183 (voy. le texte *suprà*, p. 566).

(3) La ventilation, d'après la jurisprudence, est nécessaire également vis-à-vis de créanciers qui, ayant une hypothèque générale sur tous les immeubles, ont aussi des hypothèques spéciales sur quelques-uns d'entre eux. Voy. Caen, 17 juin 1823 ; Douai, 18 mai 1836 (S.-V., 25, 2, 323 ; 37, 2, 328). *Junge :* Paris, 17 août 1859 (S.-V., 60, 2,

charge du nouveau propriétaire ; elle a pour objet, en effet, de mettre les créanciers en mesure d'opter en connaissance de cause entre les deux partis qu'ils ont à prendre (accepter le prix et s'en contenter, ou surenchérir) : c'est donc au nouveau propriétaire qu'il incombe d'indiquer d'une manière précise et claire le prix de chaque immeuble grevé d'inscriptions particulières, afin que les titulaires de ces inscriptions puissent se déterminer.

Mais il ne faudrait pas croire que le vendeur et les créanciers soient astreints à accepter la déclaration émanée du nouveau propriétaire ; ils ont pleinement qualité pour la contester : le vendeur, car il a intérêt, comme débiteur personnel, à ce que le prix déclaré représente la valeur réelle de l'immeuble ou des immeubles, afin qu'il soit libéré d'autant vis-à-vis de ses créanciers (1) ; les créanciers, parce qu'ils peuvent, en contestant la ventilation, arriver au résultat même que leur procurerait la surenchère, et qu'il n'est pas indifférent pour eux d'y arriver par cette voie infiniment moins onéreuse, et qui ne les soumet ni aux obligations ni aux sacrifices que la surenchère doit leur imposer (2).

1310. D'ailleurs la ventilation, quand il y a lieu de la faire, est une condition nécessaire et essentielle à la validité des notifications. Cependant il a été décidé parfois que le nouveau propriétaire qui a omis de la faire est tenu seulement à compléter les notifications sous ce rapport ou à les régulariser au moyen d'une ventilation ultérieure (3). Mais ce tempérament même doit être rejeté : la ventilation ordonnée par l'article 2192, dans l'espèce à laquelle il s'applique, est aussi nécessaire que la déclaration du prix dans l'espèce de l'art. 2183 ; l'une et l'autre sont indispensables pour mettre le créancier en état de se déterminer sur le parti qu'il doit prendre ; et si le nouveau propriétaire qui a omis de faire la ventilation n'est plus dans le délai d'un mois imparti par l'art. 2183, il doit être déclaré déchu. La jurisprudence est fixée aujourd'hui en ce sens (4).

1311. Rappelons enfin, pour compléter nos observations relativement au prix à énoncer dans les notifications, qu'en toutes hypothèses, soit qu'il indique le prix de son contrat, soit qu'il donne une valeur estimative, soit qu'il procède par ventilation, le nouveau propriétaire

---

192 ; *J. Pal.*, 1860, p. 127), et MM. Aubry et Rau (t. II, p. 963 ; 4e édit., t. III, p. 540). Voy. cependant Bourges, 1er avr. 1837 (*J. Pal.*, à sa date), et M. Martou (t. IV, nos 1567 et 1572).

(1) Orléans, 14 juill. 1846 (S.-V., 47, 2, 100 ; *J. Pal.*, 1846, t. II, p. 337 ; Dall., 46, 2, 142). — Néanmoins, le vendeur ne pourrait pas, après l'adjudication sur surenchère dont les notifications auraient été suivies, et au cours de l'ordre distributif du prix d'adjudication, demander qu'il soit procédé à la ventilation, dans le but de faire modifier la distribution de ce prix entre les créanciers. Req., 6 févr. 1860 (S.-V., 60, 1, 337 ; Dall., 60, 1, 253 ; *J. Pal.*, 1860, p. 1003). Voy., d'ailleurs, *infrà*, no 1323.

(2) Voy. néanmoins Cass., 3 juill. 1838 (S.-V., 38, 1, 894).

(3) Bordeaux, 8 juill. 1814 ; Rennes, 1er avr. 1828 ; Bourges, 1er avr. 1837 (*J. Pal.*, 1837, t. I, p. 584).

(4) Cass., 19 juin 1815 ; Lyon, 15 janv. 1836 ; Douai, 18 mai 1836 ; Paris, 30 avr. 1853 (voy. Dall., *Rec. alph.*, t. IX, p. 377 ; 36, 2, 130 ; S.-V., 36, 2, 234 ; 37, 2, 328 ; *J. Pal.*, 1853, t. II, p. 174).

doit énoncer, avec le prix, les charges faisant partie du prix. La difficulté, sur ce point, n'est pas précisément de savoir ce qu'il faut ranger dans les *charges du prix :* en général, on doit considérer comme charge tout ce que le nouveau propriétaire doit acquitter en prestations et accessoires de toute sorte pour devenir propriétaire de la chose par lui détenue, en tant que ces prestations et accessoires ajoutent au prix, c'est-à-dire que l'acquittement, en imposant un sacrifice au nouveau propriétaire, profite directement ou indirectement à l'ancien (1).

1312. Mais la difficulté consiste à savoir si le nouveau propriétaire est tenu de faire dans ses notifications une évaluation des charges, comme il est obligé d'évaluer la chose quand son titre ne comporte pas l'expression d'un prix. L'opinion des auteurs sur ce point est assez généralement fixée dans le sens de l'affirmative (2). C'est, à notre avis, ajouter à la loi; et, à cet égard, nous nous autorisons de la jurisprudence de la Cour de cassation. Un immeuble avait été acquis moyennant une somme de 1 000 francs et le service d'une rente viagère de 200 francs dont cet immeuble était grevé. L'acquéreur, voulant purger les hypothèques, notifia son contrat avec déclaration qu'il était prêt à acquitter les dettes et charges, sans distinction entre les exigibles et les non exigibles, mais seulement jusqu'à concurrence de la somme de 1 000 francs formant son prix d'acquisition. Le créancier auquel la notification avait été faite laissa écouler les délais de la surenchère, et plus tard il vint prétendre que les notifications étaient nulles en ce qu'elles ne contenaient pas, avec la déclaration du prix, l'évaluation de la rente de 200 francs qui formait une charge du prix. Mais la Cour d'Amiens, devant laquelle la contestation était portée, rejeta la prétention, « parce qu'aucune loi n'oblige l'acquéreur notifiant d'offrir un capital représentatif de la rente dont il s'est chargé en achetant, et qu'exiger de l'acquéreur la représentation d'un capital pour la rente viagère qu'il a servie, ce serait lui imposer une obligation qu'il n'a pas contractée » ; et le pourvoi dirigé contre cet arrêt a été rejeté « en ce que la notification énonçait le prix et les charges imposées à l'acquéreur. » (3) Ainsi la Cour de cassation a décidé que, quand la rente viagère est une charge faisant partie du prix, il n'y a pas à en faire l'évaluation dans les notifications, et que cette charge ne devant pas tomber

---

(1) La jurisprudence présente des applications nombreuses et variées du principe. Voy. notamment les arrêts de la Cour de cass. des 15 mai et 25 nov. 1811, 3 avr. 1815, 26 févr. 1822, 27 août 1823, 15 janv. 1825. — *Junge :* Riom, 29 mars 1816 et 22 août 1842; Bourges, 19 juill. 1822 et 1er août 1829; Nancy, 18 mai 1827; Bordeaux, 14 déc. 1827, 4 mars 1833; Angers, 16 avr. 1834; Montpellier, 5 déc. 1835; Paris, 19 mars 1820, 20 juill. 1841, 28 déc. 1843, 27 févr. 1855; Rouen, 17 nov. 1838; Nîmes, 20 mai 1841; Toulouse, 24 nov. 1855 et 27 févr. 1856 (Dall., 56, 2, 39; 57, 2, 15; S.-V., 56, 2, 110 et 329; *J. Pal.*, 1856, t. I, p. 414, et t. II, p. 133).

(2) Voy. MM. Grenier (t. II, p. 341); Persil (art. 2183); Delvincourt (t. III, p. 243); Troplong (n° 925); Martou (n° 1397); Aubry et Rau (t. II, p. 942, note 24; 4e édit., t. III, p. 516, note 24). — Voy. aussi Paris, 5 févr. 1814.

(3) Voy. Req., 11 mars 1829. — *Junge :* Rej., 3 avr. 1815; Aix, 2 févr. 1821; Grenoble, 19 mai 1852 (S.-V., 52, 2, 654; *J. Pal.*, 1854, t. I, p. 479; Dall., 54, 2, 251). — Voy. aussi MM. Dalloz (v° Surenchère, édit. nouv., n° 204); Chauveau, sur Carré (quest. 2457, 4e édit.).

en distribution, les notifications qui font connaître le prix sont suffisantes, bien qu'elles ne contiennent pas évaluation de la charge.

VI. — 1313. La seconde indication à donner dans les notifications est relative à la transcription. Le nouveau propriétaire, dit en effet l'article 2183, doit notifier « 2° extrait de la transcription de l'acte de vente. » L'indication est d'autant plus nécessaire aujourd'hui que c'est par la transcription que l'aliénation qui a transmis la chose au nouveau propriétaire devient opposable aux tiers, par conséquent aux créanciers, et que c'est par elle que l'acquéreur devient propriétaire vis-à-vis d'eux et acquiert la faculté de purger (voy. *suprà*, n° 1288). Toutefois, l'expression de la loi, inexacte et incomplète, ne rend pas toute la pensée du législateur.

D'un côté, le texte parle d'un « extrait de la transcription. » Mais prise à la lettre, la loi ferait ici un double emploi, puisqu'un *extrait de la transcription* ne pourrait être que l'*extrait du titre* dont la notification est déjà prescrite par le numéro précédent du même article. Le texte doit donc être rectifié, et pour cela il faut le rapprocher de celui de la loi de brumaire, que les rédacteurs du Code ont manifestement voulu reproduire. Or, d'après l'art. 30 de la loi précitée, l'acquéreur qui voulait purger était tenu de notifier aux créanciers inscrits, entre autres choses, 1° son contrat d'acquisition, 2° *le certificat de transcription* qu'il en avait dû requérir. C'est là évidemment ce que les rédacteurs du Code ont voulu dire. Le nouveau propriétaire notifiera donc, non point un *extrait de la transcription,* comme il est dit au texte, mais un certificat, une attestation prouvant que la transcription a été requise et a eu lieu. Ainsi entendu, l'art. 2183 se relie à l'art. 2181, en ce que c'est en vue de la justification mise ici à la charge du nouveau propriétaire et pour la faciliter que l'art. 2181 impose au conservateur l'obligation de délivrer reconnaissance de la transcription au moment où elle est requise (voy. *suprà,* n° 1290).

D'un autre côté, l'art. 2183 ne parle que de l'*acte de vente.* Mais évidemment l'expression est insuffisante, et c'est encore avec la loi du 11 brumaire an 7 que la pensée en doit être précisée. Or cette loi parlait du contrat, c'est-à dire *du titre d'acquisition.* C'est en ce sens que l'art. 2183 doit être entendu. Car, quel que soit le titre du nouveau propriétaire, ce titre, qui a fait passer dans ses mains le gage des créanciers, ne peut pas être opposé à ceux-ci s'il n'est pas transcrit. Donc, en toute hypothèse, et non pas seulement dans le cas de vente, le nouveau propriétaire, acquéreur, échangiste, donataire ou légataire, justifiera, par ses notifications, de la transcription sans laquelle il ne pourrait pas se dire propriétaire vis-à-vis des créanciers, et n'aurait pas, par conséquent, le droit de purger.

VII. — 1314. Enfin la dernière indication prescrite par l'art. 2183 est relative à la situation hypothécaire des biens objet de la purge. La loi veut que chacun des créanciers inscrits auxquels les notifications sont faites soit mis en mesure de connaître le rang qu'il occupe, de savoir ce qui est dû aux créanciers qui le priment, et par là d'appré-

cier, en comparant le montant de ce qui est dû à ces créanciers avec la somme ou le prix déclaré, s'il a ou non des chances d'être payé, s'il doit ou non requérir une surenchère. Dans cette pensée, l'art. 2183 exige que le nouveau propriétaire notifie aux créanciers un tableau sur trois colonnes contenant, la première, la date des hypothèques et celle des inscriptions ; le seconde, le nom des créanciers ; et la trosième, le montant des créances inscrites. En ceci, les rédacteurs du Code ont ajouté aux dispositions de la loi de brumaire, dont l'art. 30 se bornait à prescrire la notification d'un *état des charges et hypothèques,* sans rien préciser quant à la forme de l'état.

1315. Mais il ne faut pas exagérer les prescriptions de la loi et ajouter aux obligations qu'elle impose. C'est par cette pensée que nous nous sommes dirigé dans une espèce sur laquelle nous avons été appelé à statuer. Des biens avaient été mis en vente sur un débiteur, et, dans une pensée d'économie, il avait été dit, dans le cahier des charges, que tous les adjudicataires seraient tenus de faire transcrire en commun, et que, dans le cas où l'un des créanciers ferait la sommation de payer ou délaisser, ils se réuniraient pour faire collectivement les notifications prescrites par l'art. 2183. Des sommations ayant été faites par divers créanciers inscrits, les adjudicataires, se conformant à la disposition précitée du cahier des charges, firent conjointement les notifications à tous les créanciers inscrits. Ces notifications furent critiquées par divers motifs, dont l'un consistait en ce que les inscriptions frappant tous les biens adjugés par le même acte y étaient énoncées par ensemble, sans aucune indication qui les specialisât ou les rattachât à l'immeuble que chacune d'elles affectait spécialement. Mais le Tribunal de Châteaudun écarta cette prétention ; et, par un jugement du 31 janvier 1851, auquel nous avons concouru, il décida « qu'en faisant connaître par les notifications le prix de son acquisition et la masse des inscriptions délivrées ou les transcriptions, le nouveau propriétaire, encore qu'il n'eût pas énoncé l'effet de chacune d'elles, avait satisfait aux prescriptions de la loi et avait mis les créanciers inscrits à même de s'éclairer sur la position de leur débiteur, et que c'était à eux à se renseigner sur la portée de leurs inscriptions et sur la valeur véritable de l'immeuble adjugé au nouveau propriétaire. » Attaqué devant la Cour de Paris, le jugement a été confirmé par arrêt du 22 janvier 1852, contre lequel on s'est vainement pourvu en cassation. Le pourvoi a été rejeté par cette considération décisive qu'aucune disposition de la loi n'oblige les acquéreurs à indiquer, dans le tableau sur trois colonnes prescrit par l'art. 2183, et en outre des énonciations exigées par cet article, quelles sont celles des inscriptions qui portent spécialement et privativement sur chacun des immeubles vendus ; et que l'indication dans ledit tableau de la totalité des inscriptions assises sur les divers immeubles compris dans le même procès-verbal suffit à chacun des créanciers pour le mettre à même de connaître et de vérifier la situation hypothécaire de l'immeuble qui lui est particulièrement affecté, sans qu'il puisse résulter aucun préjudice,

pour son droit de surenchère, de la notification surabondante des inscriptions relatives aux autres immeubles (1).

VIII. — 1316. Les notifications qui contiennent les indications relatives au titre du nouveau propriétaire, à la transcription, enfin à la situation hypothécaire de l'immeuble ou des immeubles objet de la purge, ne sont pas encore complètes. L'acte doit contenir, en outre, d'après l'art. 2184, déclaration, de la part du nouveau propriétaire, qu'il est prêt à acquitter sur-le-champ les dettes et charges hypothécaires, jusqu'à concurrence seulement du prix, sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles. Sous l'empire de la loi du 11 brumaire an 7, le nouveau propriétaire n'avait à offrir le payement sur-le-champ que des dettes échues ; quant aux dettes à échoir, il offrait de les payer dans les mêmes termes et de la même manière qu'elles avaient été constituées. Telle était la disposition formelle de l'art. 30 de la loi précitée ; et il faut dire qu'elle était d'accord avec l'équité et avec les principes. C'est ce qu'expliquait M. Hua dans son commentaire de cette loi. « On ne conçoit pas, disait-il, comment une aliénation étrangère au créancier peut changer ou modifier le traité fait avec lui, en altérer les effets et le mode d'exécution. Autant il serait injuste que le débiteur eût la faculté de préjudicier à la sûreté promise au créancier, autant il le deviendrait d'autoriser celui-ci à exiger, sous le prétexte d'un fait qui lui est étranger, son remboursement avant le terme convenu. Il en résulterait pour le propriétaire une perte effective, puisqu'il ne se procurerait point un prix aussi avantageux, lorsqu'il devra être payé sur-le-champ, que s'il accordait des facilités à l'acquéreur. Le changement de propriétaire n'affaiblit point l'étendue de l'action hypothécaire. Tout resterait, à l'égard du créancier, dans le même état ; le propriétaire seul se trouverait lésé... » (2).

Néanmoins, les rédacteurs du Code ont été plus particulièrement frappés des embarras que ce système pouvait jeter dans les liquidations. « Par exemple, disait M. Tronchet dans la discussion de la loi, s'il existait sur un immeuble trois créances hypothécaires, l'une de quinze mille francs, l'autre de cinq mille, et l'autre de dix mille francs, et que la deuxième ne fût pas exigible, le premier créancier était payé ; le second s'opposait à ce que le troisième le fût, attendu que s'il permettait ce payement, et que le bien vînt à diminuer de valeur, il courrait le hasard de ne plus trouver dans le gage une sûreté suffisante pour le recouvrement de sa créance. On a vu tel ordre qu'il a été impossible de terminer, parce qu'il se composait de beaucoup de créances exigibles et non-exigibles qui se trouvaient entremêlées... » (3).

---

(1) Req., 14 mars 1853 (*J. Pal.*, 1853, t. I, p. 443 ; S.-V., 53, 1, 261 ; Dall., 53, 1, 197).

(2) Voy. M. Hua (*Not. élém. sur le régime hyp.*, p. 115). Ces considérations, reproduites et développées en Belgique dans la discussion de la loi sur le régime hypothécaire, y ont prévalu ; et la loi du 16 décembre 1851 est revenue au principe de celle de brumaire. (Voy. l'art. 113 dans les Commentaires de MM. Martou, t. IV, p. 94, et Delebecque, p. 391.)

(3) Voy. Locré (t. XVII, p. 291) ; Fenet (t. XV, p. 391, 392).

Sous l'influence de ces considérations, le système de la loi de brumaire a été abandonné, et, dans ce cas particulier, il a été fait par le Code une dérogation spéciale à la règle qui interdit de réclamer le payement avant le terme. Ainsi, sans distinction aucune entre les créances exigibles et non exigibles, le nouveau propriétaire se déclarera, par l'acte même qui contient les notifications, prêt à payer *sur-le-champ*, c'est-à-dire sans attendre, pour les créances non exigibles, l'expiration des termes convenus avec les créanciers, mais, bien entendu, après l'expiration des délais fixés par la loi pour la procédure de la purge.

1317. Néanmoins, on n'est pas tenu de faire l'offre de payer sur-le-champ en termes sacramentels. Le nouveau propriétaire pourrait bien ne pas reproduire le texte même de l'art. 2184 dans ses notifications, et l'offre n'en serait pas moins satisfactoire si elle était faite en termes équivalents et assez précis pour manifester de sa part la volonté de se conformer aux dispositions de la loi. Ainsi, il y aurait lieu d'annuler sans doute, ainsi que l'a fait la Cour de Bordeaux, des notifications dans lesquelles le nouveau propriétaire offrirait de payer *aux termes portés par le contrat de vente,* car c'est là précisément le contraire de ce que prescrit l'art. 2184; mais il y aurait lieu de valider, ainsi que l'ont fait la Cour de Turin et la Cour de cassation, un acte dans lequel le nouveau propriétaire, après avoir donné tous les renseignements exigés par l'art. 2183, ajouterait qu'il entend s'affranchir des poursuites *en se conformant aux dispositions de la loi,* ou qu'il veut payer conformément à son contrat, *mais en suivant les obligations à lui prescrites par la loi sur les hypothèques* (1).

1318. Puisque le nouveau propriétaire doit offrir d'acquitter les dettes et charges hypothécaires *jusqu'à concurrence de son prix ou de la valeur par lui déclarée,* il s'ensuit que l'offre doit être faite sans aucune réserve et sans aucune déduction soit au profit du vendeur, soit au profit de tout autre (2). La Cour de Toulouse s'est conformée à la règle en jugeant, par un arrêt dont nous nous sommes occupé déjà sur un autre point (*suprà*, n° 1297), que la notification est nulle lorsqu'elle contient de la part de l'acquéreur la réserve d'exercer l'action *quanti minoris,* à raison d'un défaut de contenance dans l'immeuble vendu (3). La Cour de Liége a décidé, dans la même sens, que l'acquéreur qui a stipulé qu'une partie du prix d'acquisition serait compensée avec ce que le vendeur lui doit n'en est pas moins tenu, s'il veut purger les hypothèques, d'offrir aux créanciers le payement de l'intégralité de son prix (4). Néanmoins, lorsque, à raison d'éventualités prévues et ré-

(1) Voy. Bordeaux, 8 juill. 1814; Turin, 2 mai 1811; Rej., 28 mai 1817. Voy. aussi Grenoble, 20 janv. 1832 (S.-V., 32, 2, 617). — Voy. cependant Caen, 17 juin 1823.

(2) Voy. Grenoble, 27 mai 1868 (*J. Pal.*, 1869, p. 198; S.-V., 69, 2, 21); Chambéry, 28 nov. 1870 (S.-V., 71, 2, 63; *J. Pal.*, 1871, p. 280).

(3) Toulouse, 17 juill. 1844 (S.-V., 45, 2, 182; Dall., 45, 2, 71; *J. Pal.*, 1844, t. II, p. 217).

(4) Liége, 8 mai 1811 (Dall., *Rec. alph.*, t. IX, p. 385). — *Junge* : Bordeaux, 19 juin 1835 (S.-V., 36, 2, 28).

glées au contrat d'aliénation, le prix ne peut pas être connu d'une manière difinitive, par exemple quand il est subordonné par la convention même aux résultats d'un partage à faire ultérieurement, le nouveau propriétaire satisfait au vœu de la loi s'il reproduit fidèlement toutes les conditions de la vente et fait son offre en conséquence. Ainsi a jugé la Cour d'Orléans (1), par le motif que, dans le cas particulier, rien n'empêche les créanciers de surenchérir sur le prix provisoirement déterminé, sauf à eux à bénéficier de la réduction qui résulterait de la différence de contenance.

IX. — 1319. Mais le nouveau propriétaire doit-il offrir des intérêts en offrant le prix? Il existe sur ce point une grave controverse qui porte, non pas sur le point de savoir si des intérêts peuvent être dus aux créanciers, mais plus particulièrement sur l'époque à partir de laquelle les créanciers sont fondés à les réclamer du nouveau propriétaire. D'une part, on soutient qu'ils y ont droit à partir des notifications faites par le nouveau propriétaire, s'il a agi spontanément et sans attendre les poursuites, et, au cas contraire, à partir de la sommation à lui faite de payer ou de délaisser (2). D'une autre part, on estime que les intérêts sont des charges du prix, et que le nouveau propriétaire doit offrir aux créanciers tous les intérêts qui sont dus au vendeur à partir de l'aliénation, en sorte que les créanciers ne cesseraient d'avoir droit aux intérêts qu'autant qu'il n'en serait pas dû au vendeur lui-même, par exemple si l'acquéreur avait eu l'imprudence de lui payer son prix (3). D'autres enfin, plus radicaux et plus conséquents, décident que même le payement du prix fait par imprudence au vendeur ne dispense pas le nouveau propriétaire de payer aux créanciers inscrits les intérêts à partir de son acquisition, en ce que, ces intérêts étant une charge du prix, l'acquéreur n'a pas pu s'en dessaisir plus que du ca-

---

(1) Voy. Orléans, 8 janv. 1847 (S.-V., 47, 2, 254; Dall., 47, 2, 86; *J. Pal.*, 1847, t. II, p. 457).

(2) Voy. Caen, 23 avr. 1826; Montpellier, 13 mai 1841; Rouen, 16 juill. 1844; Paris, 24 avr. 1845; Cass., 9 août 1859; Rej., 23 juin 1862 (Dall., 42, 2, 134; 45, 2, 114; 59, 1, 346; 63, 1, 143; S.-V., 41, 2, 447; 45, 2, 358; 59, 1, 785; 63, 1, 205; *J. Pal.*, 1842, t. II, p. 549; 1845, t. I, p. 108, 684; 1860, p. 795; 1863, p. 243). Voy. aussi MM. Grenier (n° 444); Aubry et Rau (t. II, p. 883 et 946, note 41; 4e édit., t. III, p. 521, note 42). Il en est ainsi alors même qu'il a été stipulé dans l'acte de vente que l'acquéreur payerait les intérêts de son prix à compter de son entrée en jouissance, ou que l'acte contient une délégation de ces intérêts, si d'ailleurs la délégation n'a pas été acceptée par les créanciers auxquels elle est faite. Metz, 19 nov. 1867 (Dall., 67, 2, 203). La règle, d'après un arrêt de la Cour de Douai, serait applicable même aux intérêts du prix des immeubles d'un failli vendus par les syndics en vertu de l'art. 572 du Code de commerce. Douai, 25 janv. 1862, joint à l'arrêt de rejet du 25 févr. 1863 (S.-V., 63, 1, 65; *J. Pal.*, 1863, p. 641; Dall., 63, 1, 243). Mais, sur ce point, voy. Rej., 8 avr. 1867 (Dall., 67, 1, 380). — Voy. aussi un arrêt de la chambre civile, rendu à notre rapport, qui décide que les créanciers hypothécaires n'ont pas droit aux intérêts courus antérieurement à l'aliénation en vertu d'une stipulation de l'acte de vente. Cass., 1er mars 1870 (Dall., 70, 1, 262; *J. Pal.*, 1870, p. 494; S.-V., 70, 1, 193).

(3) Voy. Amiens, 10 juill. 1824; Orléans, 11 janv. 1853; Metz, 27 août 1859 (Dall., 54, 2, 171; S.-V., 53, 2, 393; *J. Pal.*, 1853, t. I, p. 154; 1861, p. 586). Voy. aussi M. Troplong (nos 929, 930).

pital, au préjudice des créanciers dont l'immeuble par lui acquis est le gage (1).

Mais ces divers systèmes, sans en excepter le premier, sont évidemment exagérés.

Et d'abord nous écartons l'idée qui présente les intérêts que l'acquéreur a dû servir depuis son acquisition comme *charges* faisant partie du prix. Les charges étant les obligations onéreuses qui s'ajoutent au prix stipulé, l'augmentent et le complètent (*supra,* n° 1311), on ne saurait regarder comme *charges* des intérêts qui, en définitive, sont la représentation des fruits produits par l'immeuble, et qui dès lors ne sont servis par l'acquéreur que parce qu'il perçoit les fruits.

Maintenant que les intérêts, s'ils ne sont pas des charges faisant partie du prix, en soient au moins les accessoires, c'est incontestable; mais à qui appartiennent ces accessoires, et à quel moment les créanciers inscrits sur l'immeuble y peuvent-ils prétendre? Ce n'est pas assurément à partir de l'aliénation qui a fait passer leur gage aux mains du nouveau propriétaire, car les intérêts, encore une fois, sont la représentation des fruits produits par l'immeuble; et comme les créanciers n'avaient, avant la vente, aucun droit aux fruits (*suprà,* n°s 362, 363), le seul fait de la vente ne saurait leur faire acquérir droit aux intérêts, qui n'en sont pas la représentation. Ce ne peut être, comme M. Martou l'explique fort bien (2), que du jour où le prix lui-même devient le gage des créanciers à la place de l'immeuble. Or ce jour, qui n'est pas celui de l'aliénation, n'est pas non plus celui où les créanciers, préludant à l'exercice de leur droit de suite, font au nouveau propriétaire la sommation de payer ou de délaisser, ni même celui où le nouveau propriétaire, soit pour prévenir les poursuites, soit pour y répondre, notifie son contrat et se déclare prêt à payer : car, d'une part, les créanciers, par la sommation, demandent que le nouveau propriétaire paye, non pas son prix d'acquisition, ce qu'ils n'ont pas le droit de lui demander, mais le montant de leur créance; d'une autre part, les notifications du nouveau propriétaire ne présentent rien de définitif, puisqu'elles contiennent simplement une offre à laquelle les créanciers peuvent ne pas s'arrêter, et qui ne sera plus rien s'ils la repoussent en requérant une surenchère. Que conclure de tout cela? Que le prix ne vient prendre la place de l'immeuble affecté de l'hypothèque et ne devient le gage des créanciers que du jour où l'offre qui leur a été faite par le nouveau propriétaire a été acceptée, c'est-à-dire, à défaut d'une acceptation expresse, quarante jours (sauf l'augmentation à raison des distances) après celui où les notifications ont été faites, si aucune surenchère n'a été requise dans ce délai.

Ce point établi, la solution de notre question ne saurait être douteuse : dès que les créanciers n'ont droit aux intérêts qu'à partir de leur

(1) Voy. Paris, 10 juin 1833. Voy. aussi les arrêts de la Cour de cass. des 3 nov. 1813 et 15 févr. 1847 (S.-V., 47, 1, 511; *J. Pal.*, 1847, t. II, p. 437; Dall., 47, 1, 136).

(2) Voy. M. Martou (n° 1427) : l'auteur cite à l'appui de sa doctrine un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 5 avr. 1848, rapporté dans la *Pasic. belge* (1848, 2, 120).

acceptation, expresse ou tacite, des offres contenues dans les notifications, il faut conclure que le nouveau propriétaire, au moment où il fait ces notifications, n'a pas à parler d'intérêts qui ne courent pas encore pour ceux auxquels l'offre du prix est faite, et qui ne courront à leur profit que du jour où ils auront accepté.

X. — 1320. Au surplus, l'offre du nouveau propriétaire, surtout lorsqu'elle est suivie de l'acceptation, expresse ou tacite, des créanciers, engendre une obligation personnelle qui ne permet pas à celui qui l'a faite de s'en départir sans le consentement de ceux à qui elle a été adressée (1); c'est ce que nous avons expliqué au nº 1187. La Cour de cassation a justement décidé en ce sens, après avoir posé en principe que l'offre et la notification ont pour effet de rendre le nouveau propriétaire personnellement obligé du moment que le délai fixé pour la surenchère s'est écoulé sans surenchère, que l'acquéreur, quand même il se trouverait subrogé aux droits d'un précédent vendeur non payé, ne pourrait former, en cette qualité, une action en résolution de la vente consentie par celui-ci à son vendeur immédiat, dans le but de faire tomber par voie de suite son propre contrat d'acquisition, pour tenir désormais l'immeuble du chef du précédent vendeur et au même titre que lui (2).

1321. Il en est ainsi même quand l'offre du nouveau propriétaire a été suivie d'une réquisition de surenchère. Il est bien vrai que surenchérir c'est, de la part des créanciers, refuser l'offre qui leur a été faite. Mais les choses ne sont plus entières; désormais la procédure est liée, et l'une des parties ne peut plus s'en désister sans le consentement de l'autre (3). L'appréciation trouve sa confirmation dans un arrêt de la Cour de cassation aux termes duquel lorsque l'acte de vente d'un immeuble porte qu'une partie du prix ne sera payable qu'à terme et ne produira pas d'intérêt, si l'acquéreur a cependant offert, dans la notification par lui faite, de payer sur-le-champ son prix, sans avoir distingué entre la partie exigible et la partie non exigible, et si ses offres ont servi de base à une surenchère suivie d'adjudication à son profit, ces circonstances créent entre lui et les créanciers inscrits un contrat judiciaire qui ne lui permet plus de réclamer le bénéfice du terme (4).

1321 *bis*. Il convient toutefois de préciser que l'obligation résultant de l'offre du nouveau propriétaire est toute personnelle à ce dernier et

---

(1) Voy. Grenoble, 14 juin 1849, et Trib. de Castel-Sarrasin, 10 janv. 1853 (S.-V., 52, 2, 273; 53, 2, 80; *J. Pal.*, 1850, t. I, p. 627; Dall., 51, 2, 152; 1853, 2, 125); Paris, 8 déc. 1874 (S.-V., 75, 2, 260; *J. Pal.*, 1875, p. 998). Néanmoins, l'acquéreur évincé d'une partie de l'immeuble peut, à raison de cette éviction, demander dans l'ordre une réduction du prix à distribuer, encore bien qu'il ait notifié son contrat aux créanciers inscrits, avec offre de payer le prix porté dans ce contrat. Grenoble, 25 mai 1863 (*J. Pal.*, 1864, p. 761; S.-V., 64, 2, 124). Voy. aussi MM. Aubry et Rau (t. II, p. 945; 4ᵉ édit., t. III, p. 519).

(2) Voy. Req., 4 févr. 1857 (Dall., 57, 1, 83; S.-V., 58, 1, 394; *J. Pal.*, 1858, p. 129). — *Junge* : MM. Persil (art. 2184, nº 12); Grenier (t. II, nº 458). *Comp.* MM. Aubry et Rau (t. II, p. 944, note 34; 4ᵉ édit., t. III, p. 518, note 34). — Voy. cependant Poitiers, 13 mai 1846 (S.-V., 47, 2, 417; *J. Pal.*, 1847, t. II, p. 296).

(3) Voy. M. Troplong (nº 931 *bis*).

(4) Rej., 4 nov. 1863 (S.-V., 64, 1, 121; Dall., 63, 1, 471; *J. Pal.*, 1864, p. 613).

qu'elle ne saurait, en tous cas, préjudicier aux droits des créanciers autres que ceux envers qui les formalités de la purge ont été accomplies. Cela aussi s'induit nettement de la jurisprudence de la Cour de cassation, et spécialement d'un arrêt aux termes duquel, dans le cas où diverses ventes d'un immeuble indivis entre plusieurs copropriétaires ont eu lieu successivement, sans être suivies de payement du prix ni d'ouverture d'ordre, le créancier ayant une hypothèque inscrite du chef de l'un des communistes ne peut exercer ses droits que sur la portion du prix de cette dernière vente revenant à son débiteur, encore que cette portion soit inférieure à celle qu'il aurait obtenue sur le prix d'une vente antérieure, et cela bien que, lors de cette vente, l'acquéreur eût rempli à son égard les formalités de la purge : quels que soient, en ce qui concerne cet acquéreur, le caractère et la portée de ces formalités, elles sont sans effet vis-à-vis des autres créanciers agissant en vertu de droits réels antérieurs à la purge (1).

XI. — 1322. Disons quelques mots, en terminant, de l'influence qu'auraient sur le sort des notifications les irrégularités ou les omissions qui pourraient y avoir été commises. Ici la loi n'établit pas de sanction; par cela même, écartant l'opinion par trop rigoureuse de quelques auteurs d'après lesquels toute irrégularité devrait emporter nullité des notifications, nous estimons qu'il faut dire des notifications, comme nous l'avons dit plus haut des inscriptions hypothécaires (nos 955 et suiv.), que si elles peuvent être annulées à raison des irrégularités qu'elles présentent, c'est seulement quand l'irrégularité est telle que les notifications ne remplissent plus leur objet, c'est-à-dire qu'elles n'éclairent pas les créanciers et ne les mettent pas à même de voir s'ils ont intérêt ou non à exercer leur droit de surenchère (2). Nous avons signalé, dans les observations précédentes, les irrégularités qui, étant dans ce cas, doivent entraîner la nullité des notifications qui en sont entachées (voy. nos 1307, 1310, 1314, 1317).

1323. Mais rappelons que ces irrégularités mêmes ne peuvent jamais être opposées par le vendeur, car les notifications ne l'intéressent en aucune manière (3); et ajoutons que si elles peuvent être opposées par les créanciers inscrits, c'est seulement par ceux vis-à-vis desquels elles auraient été commises. Nous disions tout à l'heure que le créancier auquel les notifications ont été faites ne serait pas reçu à se prévaloir de ce que le nouveau propriétaire aurait omis de les faire à d'autres créanciers, parce qu'en cela il exciperait du droit d'autrui (*suprà*, n° 1302). Par cela même et par le même motif, le créancier qui a reçu des notifications régulières ne saurait être admis à relever dans les notifications faites à tel ou tel autre créancier les irrégularités susceptibles d'en faire prononcer la nullité.

---

(1) Rej., 22 juill. 1868 (Dall., 68, 1, 451; S.-V., 69, 1, 124; *J. Pal.*, 1867, p. 287).

(2) Voy. Paris, 13 déc. 1834, 27 nov. 1841 et 6 mai 1844 (S.-V., 35, 2, 331; 42, 2, 50; 44, 2, 543).

(3) Voy. Orléans, 14 juill. 1846 (Dall., 46, 2, 142; S.-V., 47, 2, 100; *J. Pal.*, 1846, t. II, p. 337); Toulouse, 12 août 1857 (S.-V., 60, 1, 337; *J. Pal.*, 1860, p. 1003). Voy. aussi l'arrêt de rejet, du 6 févr. 1860, déjà cité au n° 1309.

1324. Du reste, la nullité pourrait être couverte. Elle le serait incontestablement par la volonté du créancier qui renoncerait à l'opposer; elle le serait aussi dans le cas où le créancier poursuivrait l'ordre sur le prix offert par le nouveau propriétaire, car cela impliquerait une approbation des notifications, et élèverait une fin de non-recevoir contre toute demande ultérieure en nullité (1). Mais la nullité ne serait pas couverte par une réquisition de surenchère (2). Obligé de surenchérir dans un délai déterminé et assez bref, le créancier sera censé n'avoir agi que pour éviter une déchéance; on ne saurait prétendre qu'en surenchérissant il a renoncé à opposer la nullité.

2185. — Lorsque le nouveau propriétaire a fait cette notification dans le délai fixé, tout créancier dont le titre est inscrit, peut requérir la mise de l'immeuble aux enchères et adjudications publiques; à la charge,

1° Que cette réquisition sera signifiée au nouveau propriétaire dans quarante jours, au plus tard, de la notification faite à la requête de ce dernier, en y ajoutant deux jours (3) par cinq myriamètres de distance entre le domicile élu et le domicile réel de chaque créancier requérant;

2° Qu'elle contiendra soumission du requérant, de porter ou faire porter le prix à un dixième en sus de celui qui aura été stipulé dans le contrat, ou déclaré par le nouveau propriétaire;

3° Que la même signification sera faite dans le même délai au précédent propriétaire, débiteur principal;

4° Que l'original et les copies de ces exploits seront signés par le créancier requérant, ou par son fondé de procuration expresse, lequel, en ce cas, est tenu de donner copie de sa procuration;

5° Qu'il offrira de donner caution jusqu'à concurrence du prix et des charges.

Le tout à peine de nullité.

2186. — A défaut, par les créanciers, d'avoir requis la mise aux enchères dans le délai et les formes prescrits, la valeur de l'immeuble demeure définitivement fixée au prix stipulé dans le contrat, ou déclaré par le nouveau propriétaire, lequel est, en conséquence, libéré de tout privilége et hypothèque, en payant ledit prix aux créanciers qui seront en ordre de recevoir, ou en le consignant.

2187. — En cas de revente sur enchères, elle aura lieu suivant les formes établies pour les expropriations forcées, à la diligence soit du créancier qui l'aura requise, soit du nouveau propriétaire.

---

(1) Voy. Toulouse, 29 juin 1836 (S.-V., 37, 2, 27; Dall., 38, 2, 81; *J. Pal.*, 1837, t. I, p. 183).

(2) Voy. Bordeaux, 8 juill. 1814.

(3) Voy. la loi du 3 mai 1862, modificative de l'art. 1033 du Code de procédure, *infrà*, nos 1354 et suiv.

Le poursuivant énoncera dans les affiches le prix stipulé dans le contrat, ou déclaré, et la somme en sus à laquelle le créancier s'est obligé de la porter ou faire porter.

2188. — L'adjudicataire est tenu, au delà du prix de son adjudication, de restituer à l'acquéreur ou au donataire dépossédé les frais et loyaux coûts de son contrat, ceux de la transcription sur les registres du conservateur, ceux de notification, et ceux faits par lui pour parvenir à la revente.

2189. — L'acquéreur ou le donataire qui conserve l'immeuble mis aux enchères, en se rendant dernier enchérisseur, n'est pas tenu de faire transcrire le jugement d'adjudication.

2190. — Le désistement du créancier requérant la mise aux enchères, ne peut, même quand le créancier payerait le montant de la soumission, empêcher l'adjudication publique, si ce n'est du consentement exprès de tous les autres créanciers hypothécaires.

2191. — L'acquéreur qui se sera rendu adjudicataire aura son recours tel que de droit contre le vendeur, pour le remboursement de ce qui excède le prix stipulé par son titre, et pour l'intérêt de cet excédant, à compter du jour de chaque payement (1).

SOMMAIRE.

I. 1325. La loi prévoit et règle, dans cette série de dispositions, les deux cas qui peuvent se produire : celui où les créanciers inscrits acceptent volontairement ou sont tenus d'accepter la somme ou le prix déclaré dans les notifications, et celui où l'offre étant considérée comme insuffisante, il est procédé à une surenchère. Division.

II. 1326. *Du cas où l'offre est acceptée* (art. 2186). Lorsque la somme offerte n'est pas inférieure au montant des créances inscrites, ou lorsque cette somme est la représentation réelle de la valeur du gage, les créanciers doivent être naturellement portés à l'accepter. — 1327. Ils pourront le faire par une déclaration formelle : ce sera l'acceptation *expresse;* — 1328. Ou en s'abstenant de requérir la surenchère dans le délai à eux imparti par la loi : ce sera l'acceptation *tacite.* — 1329. Enfin la réquisition de surenchère pourra n'être pas faite régulièrement et être annulée, ce qui équivaudra à une acceptation qu'on peut appeler *forcée.*

III. 1330. Dans tous les cas, l'effet de l'acceptation est que la valeur de l'immeuble demeure fixée à la somme ou au prix offert dans les notifications; — 1331. ...Sauf, s'il y a lieu, le droit pour les créanciers d'invoquer l'art. 1167 du Code civil en cas de dissimulation : jurisprudence. — 1332. Mais l'immeuble n'est libéré des priviléges et hypothèques que par le payement ou la consignation. — 1333. Quant au payement, il doit être fait aux créanciers qui sont en ordre utile et dans le rang de leur inscription. — 1334. Mais cette voie ne peut être suivie qu'autant que les créanciers sont d'accord sur leurs droits respectifs et sur l'ordre dans lequel ils doivent être payés. — 1335. Quant à la consignation, elle est un moyen dont l'usage appartient aussi bien à l'adjudicataire sur expropriation forcée qu'à l'acquéreur sur vente volontaire. — 1336. Elle n'a pas besoin d'être autorisée par le juge, ni précédée d'offres nouvelles ou de sommation aux créanciers (l. 21 mai 1858, art. 777). — 1336 *bis.* Elle peut être exigée par les créanciers. — 1337. Le nouveau propriétaire doit,

(1) Les art. 21, 22, 23, 24 et 25 de la loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime, règlent les formes à suivre par le créancier qui veut requérir la mise aux enchères du navire ou de la portion de navire hypothéqué (voy. *infrà*, n° 1397 *bis*).

en cas de payement direct ou de consignation, ajouter à la somme les intérêts courus depuis l'acceptation des offres jusqu'au payement ou à la consignation, même quand il aurait été dispensé de payer des intérêts par une clause de son contrat.

IV. 1338. *Du cas où les offres n'étant pas acceptées, la surenchère est régulièrement requise* (art. 2185). Lorsque la somme ou le prix offert est inférieur non-seulement au montant des créances, mais encore à la valeur du gage, les créanciers sont portés à refuser. Le refus se manifeste en général par l'exercice du droit de surenchérir. — 1339. Ce droit appartient à *tout créancier* dont le titre est inscrit, quels que soient son rang et la nature ou la quotité de sa créance. — 1340. Mais il faut que l'inscription soit valable, utilement conservée, et qu'elle milite pour un droit encore subsistant au moment de la surenchère. — 1341. Si la péremption de l'inscription ou l'extinction de sa cause ne survient qu'après la réquisition, la surenchère vaut ou ne vaut pas suivant que le requérant est seul créancier inscrit ou qu'il y a d'autres créanciers.

V. 1342. Il faut, en outre, pour surenchérir, avoir la capacité requise pour s'obliger. — 1343. Ainsi, le mineur et l'interdit ne peuvent pas surenchérir. — 1344. Le mineur émancipé, le prodigue, la femme mariée, même séparée de biens, ne le peuvent pas sans l'assistance ou l'autorisation dont ils ont besoin pour être pleinement capables. Toutefois, l'assistance ou l'autorisation se produiraient utilement après la réquisition de surenchère et même après l'expiration du délai pour surenchérir.

VI. 1345. Il faut, enfin, qu'il ne s'élève contre le surenchérisseur aucune fin de non-recevoir, comme s'il avait concouru ou adhéré au contrat du nouveau propriétaire : — 1345 *bis*. Application : art. 573 du Code de commerce; controverse; — 1346. Ou s'il était lui-même créancier inscrit de son vendeur. — 1347. Mais l'insolvabilité du surenchérisseur ne constitue pas une fin de non-recevoir, — 1348. Ni la réquisition par un autre créancier d'une autre surenchère. — 1349. Il en serait autrement si, au lieu d'une première réquisition de surenchère, le surenchérisseur se trouvait en présence d'une première surenchère consommée. *Surenchère sur surenchère ne vaut.* — 1350. Faut-il assimiler au cas de surenchère, qui ne permet pas d'en former une seconde, le cas de folle enchère? Controverse.

VII. 1351. Après les personnes qui peuvent surenchérir viennent les règles auxquelles l'exercice du droit est soumis. — 1352. La première touche à la forme. La règle n'est pas précisée par l'art. 2185; mais cet article est complété par l'art. 832 du Code de procédure : renvoi. — 1353. L'original et la copie de l'exploit doivent être signés par le requérant, et si la surenchère est requise par mandataire, la procuration doit être expresse et le mandataire est tenu d'en donner copie dans son exploit.

VIII. 1354. La seconde règle est relative au délai : il est de quarante jours, qui courent séparément pour chaque créancier du jour de la notification à lui faite. Le jour de la notification n'est pas compris dans le délai; mais le jour de l'échéance y est compris. *Quid* si c'est un jour férié? Loi du 3 mai 1862. — 1355. Toutefois, ce délai doit être augmenté d'un jour par cinq myriamètres de distance entre le domicile élu et le domicile réel de chaque créancier requérant. Même loi. — 1356. L'augmentation a-t-elle lieu pour les fractions inférieures à cinq myriamètres? Même loi.

IX. 1357. La troisième règle est relative à la soumission par le requérant de porter ou faire porter le prix à un dixième en sus de celui qui a été stipulé dans le contrat ou déclaré par le nouveau propriétaire. Dans le cas où diverses choses ont été acquises conjointement pour un même prix, le surenchérisseur ne peut être contraint d'étendre sa soumission sur d'autres immeubles que ceux qui sont hypothéqués à sa créance et situés dans le même arrondissement (art. 2192, § 2). — 1358. En ceci, la loi se préoccupe de l'intérêt et des droits du nouveau propriétaire.

X. 1359. Quel est le prix à surenchérir? Dans le cas de l'art. 2185, c'est celui qui a été stipulé dans le contrat d'acquisition ou déclaré par le nouveau propriétaire. — 1360. Dans le cas de l'art. 2192, c'est la somme que le nouveau propriétaire a dû déclarer, par ventilation, comme représentant le prix pour lequel il a entendu acquérir l'immeuble hypothéqué. — 1361. Lorsque plusieurs immeubles, appartenant au même propriétaire, situés dans le même arrondissement et grevés à la fois d'hypothèques générales et d'hypothèques spéciales, ont été vendus par un même acte et pour un prix unique à un seul acquéreur, les créanciers à hypothèque générale peuvent exercer leur droit

sur un ou plusieurs immeubles seulement : controverse. — 1362. Au surplus, dans le cas de l'art. 2192, non-seulement le créancier *ne peut être contraint*, mais encore il *n'aurait pas le droit* d'étendre sa soumission sur d'autres immeubles que ceux qui sont hypothéqués à sa créance. Exception en faveur de celui auquel un héritier aurait consenti une hypothèque sur un immeuble de la succession indivis entre lui et ses héritiers.

XI. 1363. Quels sont les éléments du prix sur lesquels doit porter l'augmentation du dixième? D'abord sur le prix : de ce qui doit être considéré comme constituant le prix ; — 1364. Ensuite sur les charges imposées à l'acquéreur ; — 1365. Enfin, sur les accessoires ; mais il faut distinguer : le surenchérisseur n'est pas tenu d'ajouter les intérêts pour le calcul du dixième en sus ; mais il doit ajouter les frais, ceux du moins que le contrat met à la charge de l'acquéreur. — 1366. La soumission relative au prix doit être faite sans restriction ni réserve ; — 1367. Mais il n'est pas indispensable que le chiffre soit déterminé.

XII. 1368. La quatrième règle est relative à la notification de la surenchère, qui doit être faite au nouveau propriétaire, et, dans le même délai, au précédent propriétaire, débiteur principal. *Quid* si le précédent propriétaire et le débiteur principal sont deux personnes distinctes? — 1369. Si le nouveau propriétaire tient l'immeuble de plusieurs vendeurs, ou si l'immeuble est possédé par divers conjointement, la surenchère doit être notifiée à chacun d'eux par copie séparée. — 1370. Elle doit être notifiée aux mandataires légaux si ceux à qui elle devrait être faite ne jouissent pas de la capacité civile.

XIII. 1371. Enfin, la dernière règle est relative à la caution. Le surenchérisseur doit indiquer une caution dans l'acte de réquisition : toutefois, le Trésor public est affranchi de cette obligation. — 1372. Il s'agit ici d'un cautionnement indéfini, et dès lors la caution répond de tout ce qui peut être demandé au surenchérisseur. — 1373. Il faut que la caution soit capable de contracter, — 1374. Et qu'elle ait son domicile dans le ressort de la cour où elle doit être donnée, — 1375. Et qu'elle ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation : applications. — 1376. D'ailleurs, la solvabilité de la caution doit être notoire et résulter de titres. — 1377. L'art. 2040 n'est pas applicable ; — 1378. Mais l'art. 2041 reçoit application ; dès lors celui qui ne peut donner caution est reçu à donner un gage en nantissement suffisant ; toutefois la caution ne pourrait pas être remplacée par une hypothèque sur les biens du surenchérisseur. — 1378 *bis*. Du reste, le cautionnement ne garantit que les obligations résultant du fait de la surenchère : conséquences.

XIV. 1379. Toutes les règles auxquelles est soumis l'exercice du droit de surenchérir sont prescrites à peine de nullité. — 1380. Développements et explication.

XV. 1381. *Des suites d'une réquisition régulière de surenchère*. L'immeuble est revendu suivant les formes établies pour les expropriations forcées (art. 2187). — 1382. Ces formes sont précisées et détaillées dans les art. 836 et suivants du Code de procédure. — 1383. La revente peut être poursuivie soit par le surenchérisseur, soit par le nouveau propriétaire, soit enfin par tout créancier inscrit.

XVI. 1384. Celui qui a fait la réquisition ne peut s'en désister, si ce n'est du consentement *exprès* de tous les autres créanciers hypothécaires (art. 2190). — 1385. Mais le consentement du nouveau propriétaire n'est pas nécessaire au surenchérisseur qui veut se désister ; — 1386. Et quant aux créanciers eux-mêmes, il est des circonstances où leur consentement ne serait pas nécessaire, par exemple en cas de perte de l'immeuble ou de nullité de la surenchère. — 1386 *bis*. *Quid* dans le cas où il y eu simplement manifestation de la volonté de surenchérir, si le créancier s'abstient par suite d'accords à prix d'argent avec le tiers acquéreur? — 1387. Transition aux suites de la revente.

XVII. 1388. Du cas où le propriétaire qui fait la purge reste adjudicataire comme dernier enchérisseur. Il n'est pas tenu de faire transcrire le jugement d'adjudication (art. 2189). — 1389. Preuve que les rédacteurs du Code avaient entendu maintenir la nécessité d'une transcription translative au regard des tiers. — 1390. Cette nécessité ne peut plus être contestée depuis la loi du 23 mars 1855. Application. — 1391. Le propriétaire resté adjudicataire a son recours tel que de droit contre le vendeur pour le remboursement de ce qui excède son prix et pour l'intérêt à compter du jour de chaque payement. — 1392. La disposition de la loi doit être étendue au cas où le droit du nouveau propriétaire dérive d'un contrat à titre onéreux autre que celui de vente. — 1393. Si le droit dérive d'un titre gratuit, distinction. — 1394. En toute hy-

pothèse, s'il reste un excédant après le payement de tous les créanciers, il est pour le propriétaire resté adjudicataire.

XVIII. **1395. Du cas où l'adjudication est faite en faveur d'un tiers. Elle ne constitue pas une véritable résolution *ex tunc;* en conséquence, l'excédant sur le prix lui reste : controverse. — 1395 *bis.* De même, le détenteur dépossédé ne doit pas la restitution des fruits perçus à l'adjudicataire; dans quelle mesure il doit tenir compte aux créanciers des intérêts de son prix. — 1396. Il a un recours contre son auteur, et en outre il doit être rendu complétement indemne, *par l'adjudicataire,* des frais indiqués par l'art. 2188. — 1397. Il doit être remboursé aussi, mais *par les créanciers,* de ses impenses sur l'immeuble, au moins jusqu'à concurrence de la plus-value.**

XIX. **1397 *bis.* — Règles établies par la loi du 10 décembre 1874, sur l'hypothèque maritime relativement aux formes à suivre par le créancier qui use de la faculté de requérir la mise aux enchères du navire : art. 21, 22, 23, 24 et 25.**

I. — 1325. Dans la série des dispositions que nous réunissons ici, le législateur prévoit les deux situations différentes qui peuvent se produire à la suite des notifications et des offres faites par le nouveau propriétaire (voy. *suprà,* n° 1295), et il statue distinctement sur l'une et sur l'autre. D'une part, il suppose que les offres sont acceptées ou n'ont pas été utilement refusées; et il dit quand, comment et à quelles conditions l'immeuble est définitivement libéré de tous priviléges et hypothèques. D'une autre part, il suppose que les créanciers inscrits, ne trouvant pas dans le prix ou la somme déclarés la représentation exacte de la valeur de leur gage, refusent ces offres et requièrent la surenchère; et, dans cette hypothèse, nécessairement plus compliquée, il détermine successivement les conditions auxquelles est soumise la réquisition de surenchère, les formes de l'adjudication à laquelle la réquisition donne lieu, les obligations et les droits qui naissent de l'adjudication suivant que l'immeuble reste à l'acquéreur lui-même ou qu'il est adjugé à un tiers. C'est cette marche que nous suivrons dans nos explications. Ainsi nous nous occuperons d'abord du cas où il est coupé court à la procédure de la purge par l'acceptation, volontaire ou forcée, de l'offre faite par le nouveau propriétaire, et ensuite du cas où, l'offre étant refusée, la procédure suit son cours jusqu'à la réalisation, par une vente judiciaire, du gage des créanciers inscrits.

II. — 1326. Le nouveau propriétaire qui se déclare prêt à payer sur-le-champ la dette hypothécaire jusqu'à concurrence du prix ou de la valeur estimative, fait par là des offres que les créanciers peuvent considérer comme suffisantes. Elles seront telles à leurs yeux si la somme offerte n'est pas inférieure au montant des créances inscrites; ou encore si, quoique inférieure au montant des créances inscrites, cette somme leur paraît être la représentation de la valeur réelle du gage. Dans le premier cas, ils seraient sans intérêt, évidemment, à rejeter les offres, puisque la somme offerte suffit à couvrir la totalité de la dette hypothécaire; dans le second, le gage étant porté à sa juste valeur, aucun d'eux ne voudrait faire une réquisition de surenchère qui l'obligerait à porter le prix à un dixième en sus. Les créanciers accepteront donc. Mais comment s'y prendront-ils pour manifester leur intention à cet égard?

1327. Ils pourront le faire d'abord par une déclaration formelle. Ainsi, ils déclareront au nouveau propriétaire que le prix offert leur

paraît suffisant, et qu'ils entendent s'en contenter. Ce sera l'acceptation expresse.

1328. Indépendamment de cette acceptation, ils ont encore l'acceptation tacite : c'est celle que prévoit l'art. 2186, et qu'il fait résulter de l'absence de toute réquisition de surenchère pendant le délai accordé aux créanciers pour surenchérir (1). L'art. 2185, comme nous le verrons tout à l'heure, exige, à peine de nullité, que le créancier inscrit qui veut surenchérir notifie sa réquisition de mise aux enchères dans quarante jours, au plus tard (sauf une augmentation à raison des distances), à partir des notifications (voy. *infrà,* n°s 1354, 1355). Si tous les créanciers inscrits laissent passer ce délai sans requérir la surenchère, ils sont censés, par cela même, s'être contentés du prix offert par le nouveau propriétaire. Ce sera l'acceptation tacite.

1329. Enfin il peut se présenter une troisième hypothèse, laquelle rentre aussi dans les prévisions de l'art. 2186, quoiqu'elle diffère essentiellement de celle qui précède. Ici, il n'y a rien de volontaire ni de spontané dans l'acceptation des créanciers; au contraire, ils avaient considéré l'offre comme insuffisante, et ils s'étaient déterminés à surenchérir. Mais leur réquisition de mise aux enchères n'avait pas été faite régulièrement, et elle a été annulée. Leur refus est comme non avenu, d'après l'art. 2186; car cet article assimile la réquisition de mise aux enchères faite sans les formes prescrites à celle qui est faite après les délais; il ne tient pas plus compte de l'une que de l'autre; en sorte que l'on arrive ainsi à quelque chose d'équivalent à l'acceptation, et que nous appellerons l'acceptation *forcée*.

III. — 1330. D'ailleurs, dans toutes ces hypothèses, l'effet est le même. Expresse ou tacite, volontaire ou forcée, l'acceptation par les créanciers inscrits de l'offre contenue dans les notifications du nouveau propriétaire produit cette conséquence, d'après l'art. 2186, que la valeur de l'immeuble demeure définitivement fixée au prix stipulé dans le titre en vertu duqnel celui-ci est devenu propriétaire, ou au montant de l'évaluation par lui faite dans le cas où son titre ne comporte pas l'expression d'un prix.

1331. Toutefois, il ne faudrait pas se méprendre sur la valeur du mot *définitivement* dont se sert l'art. 2186. Il n'en résulte en aucune manière que les créanciers n'aient pas le droit, si le prix véritable a été dissimulé dans les notifications, de rechercher le nouveau propriétaire et d'exiger qu'il restitue la différence. C'est déjà une question de savoir si la dissimulation ne devrait pas entraîner la nullité des notifications; et quelques auteurs se sont prononcés pour l'affirmative. Nous n'irions pas jusque-là, parce qu'il n'est pas possible de considérer un tel fait comme susceptible de paralyser dans son libre exercice le droit de

---

(1) De même, l'acceptation du prix résulte suffisamment de la demande formée par le créancier en distribution de ce prix par voie d'ordre; et dans de telles circonstances, l'acquéreur ne peut se soustraire, en délaissant, à l'obligation de payer son prix. Grenoble, 13 juill. 1865; Req., 12 févr. 1867 (S.-V., 66, 2, 89; 66, 1, 111; *J. Pal.*, 1866, p. 358; 1867, p. 266).

surenchère appartenant aux créanciers (*suprà*, n° 1322), la raison même indiquant que puisqu'ils se sont abstenus de surenchérir sur le prix déclaré, les créanciers se seraient abstenus également de surenchérir sur le prix véritable (1). Mais de là à dire que le nouveau propriétaire peut rester en possession des sommes par lui dissimulées, et qu'il n'en doit pas compte, il y a une distance que les principes ne permettent pas de franchir. En définitive, les créanciers dont le gage a été aliéné ont droit, lorsque l'acquéreur, au lieu de délaisser l'immeuble, veut le retenir en le libérant, à la totalité du prix convenu entre celui-ci et leur débiteur; car c'est dans le prix entier qu'ils trouvent la représentation de leur gage. Donc, si une portion a été frauduleusement dissimulée, ils ont toute qualité pour exiger qu'elle soit rapportée. Vainement on leur opposerait les offres et l'acceptation dont elles ont été suivies; l'objection serait décisive au point de vue de la purge hypothécaire : il est très-vrai que, n'ayant pas rejeté les offres, les créanciers sont désormais liés et ne peuvent plus former une surenchère à l'effet d'obtenir de leur gage un prix supérieur à celui qu'ils ont accepté. Mais ce n'est pas de cela qu'il s'agit ici : les créanciers laissent à l'écart l'action hypothécaire; ils invoquent les principes du droit commun consacrés par l'art. 1167 du Code civil. Ils pourraient, en vertu de ces principes, attaquer et faire annuler la vente de leur gage faite en fraude de leurs droits; ils le pourraient au cours du délai de la surenchère, et même après avoir surenchéri (2). A plus forte raison doivent-ils, quand, après l'accomplissement des formalités de la purge, l'immeuble demeure affranchi de tout droit de suite entre les mains du nouveau propriétaire, être admis à réclamer contre les dissimulations de prix faites à leur détriment, et à contraindre l'acquéreur à leur faire raison de la portion dissimulée, qui, encore une fois, n'est pas moins leur gage que le prix ostensible. Telle est la décision de la jurisprudence (3).

---

(1) Voy. Paris, 13 déc. 1834 et 28 mars 1850 (S.-V., 35, 2, 331; *J. Pal.*, 1850, t. I, p. 448). — Voy. cependant Turin, 2 mars 1811.

(2) Voy. Req., 19 août 1828 et 2 août 1836; Montpellier, 14 déc. 1827; Bourges, 24 janv. 1828; Rouen, 4 juill. 1828; Riom, 15 janv. 1839; Bordeaux, 16 août 1848 (Dall., 28, 1, 392; 36, 1, 434; 49, 2, 61; S.-V., 28, 1, 425; 2, 99; 29, 2, 335; 36, 1, 657; 39, 2, 481, 49, 2, 46; *J. Pal.*, 1850, t. I, p. 551). — Il faut même admettre que les créanciers ont l'action paulienne quoiqu'ils n'aient pas surenchéri et même qu'ils aient produit à l'ordre, bien que l'absence de surenchère de leur part implique acceptation des offres à fin de purge. — Bordeaux, 14 juill. 1873 (*J. Pal.*, 1874, p. 359; S.-V., 74, 2, 81). — Voy. aussi MM. Larombière (*Oblig.*, sur l'art. 1167, n° 50); Aubry et Rau (4e édit., t. III, p. 503 et note 101).

(3) Voy. Rej., 29 avr. 1839, 27 nov. 1855; Cass., 21 juill. 1857 (S.-V., 39, 1, 435; 56, 1, 432; 58, 1, 103; *J. Pat.*, 1839, t. I, p. 500; 1856, t. II, p. 440; 1858, p. 926; Dall., 39, 1, 217; 56, 1, 27; 57, 1, 404). Voy. aussi Poitiers, 24 juin 1831; Bordeaux, 28 mai 1832; Paris, 8 févr. 1836 (S.-V., 31, 2, 295; 32, 2, 626; 36, 2, 258). Il a été jugé même qu'au cas d'hypothèque consentie par deux débiteurs conjoints et solidaires sur un immeuble leur appartenant par indivis, et de vente faite ensuite par ces deux codébiteurs, par un seul et même acte, pour un prix unique, indivisément et sans distinction de la part que chacun d'eux peut avoir à prétendre dans le prix, le créancier auquel l'hypothèque a été consentie est en droit d'exiger que l'ordre soit suivi sur la totalité du prix, et non pas seulement sur la partie du prix afférente à l'un de ses débiteurs, alors même que, dans l'exploit de notification de son contrat, l'acquéreur n'aurait fait offre que de cette partie du prix. Rej., 27 avr. 1864 (*J. Pal.*, 1864, p. 1137; S.-V., 64, 1, 399; Dall., 64, 1, 433).

Ainsi, quand on dit qu'à défaut de surenchère dans le délai déterminé la valeur de l'immeuble demeure définitivement fixée au prix stipulé dans le contrat ou déclaré par le nouveau propriétaire, cela signifie que, déchus désormais du droit de surenchérir, les créanciers ne peuvent plus arriver, par l'*action hypothécaire,* à obtenir de leur gage un prix supérieur à celui qu'ils ont accepté.

1332. Mais bien que par l'effet de l'acceptation des créanciers la valeur de l'immeuble soit définitivement fixée à la somme ou au prix offert, l'immeuble n'est pas encore libéré, la purge n'est pas encore complète. Aux termes mêmes de l'art. 2186, le nouveau propriétaire ne libère l'immeuble de tous priviléges ou hypothèques qu'en *payant* le prix aux créanciers qui sont en ordre de recevoir ou en le *consignant.* C'est donc par le payement ou par la consignation du prix que la purge est complétement effectuée (1). Sur quoi nous avons quelques points à préciser.

1333. Quant au payement, il doit être fait aux créanciers qui sont en ordre utile et dans le rang de leurs inscriptions. Ainsi le premier inscrit est payé le premier; le second inscrit vient après, et ainsi de suite jusqu'à ce que la somme ou le prix offert par le nouveau propriétaire se trouve épuisé (2). Telle est le marche indiquée par l'art. 2186; elle doit être suivie même pour la distribution de la portion dissimulée du prix, dans le cas dont nous parlions tout à l'heure, où les créanciers, agissant en vertu de l'art. 1167, ont obtenu le rapport de cette portion de l'actif de leur débiteur. Ceci a été reconnu par le Cour de cassation, qui, après avoir consacré le droit des créanciers à réclamer contre la dissimulation du prix, a décidé que le nouveau propriétaire ne peut être tenu à la restitution de la portion dissimulée s'il en a versé le montant entre le mains de créanciers préférables à ceux qui lui en demandent compte (3).

1334. Du reste, on comprend que la voie du payement direct par le nouveau propriétaire ne peut être suivie qu'autant que les créanciers inscrits sont d'accord entre eux sur leurs droits respectifs et sur l'ordre dans lequel chacun d'eux doit être payé. Dès que cet accord existe, le nouveau propriétaire est tenu de s'acquitter. Il a été décidé même que des oppositions ou des saisies-arrêts émanées de créanciers chirographaires, c'est-à-dire de créanciers dont l'immeuble objet de la purge n'est pas le gage spécial, n'y sauraient faire obstacle; et qu'il n'y a pas lieu, du moins quand il n'apparaît pas que les créanciers chirogra-

---

(1) Ainsi jugé par le Tribunal de Florac, dont le jugement, en date du 28 septembre 1855, est rapporté, avec l'arrêt rendu sur l'appel, par la Cour de Nîmes, le 20 août 1856 (S.-V., 57, 2, 51; *J. Pal.*, 1857, p. 1137). Voy. encore Cass., 24 août 1847 (S.-V., 48, 1, 33; *J. Pal.*, 1847, t. II, p. 751; Dall., 47, 1, 329).

(2) Nous avons établi plus haut, conformément à un arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 1851, que si le créancier premier inscrit se trouve être un crédirentier en faveur duquel un capital a été mis en réserve pour le service de sa rente, le créancier hypothécaire qui vient ensuite, et qui est colloqué sur la nue propriété de ce capital, n'a pas le droit de le saisir et de le faire vendre pour s'en faire attribuer le prix jusqu'à concurrence de sa créance (*suprà*, n° 1126 *bis*).

(3) Voy. l'arrêt déjà cité du 21 juill. 1857.

phaires prétendent à un privilége quelconque, de les mettre en cause dans l'instance formée par les créanciers hypothécaires contre l'acquéreur (1).

1335. Mais si les créanciers inscrits ne sont pas d'accord pour recevoir leur payement du nouveau propriétaire directement, s'il s'élève des difficultés entre eux touchant la répartition du prix ou leur droit de préférence, le nouveau propriétaire n'est pas tenu d'en attendre la solution : il se libère alors, et il libère l'immeuble ou les immeubles objet de la purge, par la consignation de son prix ou de la somme offerte. C'est le second moyen indiqué par l'art. 2186; et comme il est indiqué en termes généraux et absolus, l'usage en appartient aussi bien à l'adjudicataire sur expropriation forcée qu'à l'acquéreur sur vente volontaire (2). Le nouveau propriétaire n'en pourrait être privé que par une stipulation formelle *et non équivoque* insérée dans son contrat (3).

1336. D'ailleurs le nouveau propriétaire tient de la loi elle-même le droit de consigner; dès lors la consignation n'a pas besoin d'être autorisée par le juge ni d'être précédée d'offres nouvelles ou de sommation aux créanciers. Les art. 1257 et suivants du Code civil, et 814 du Code de procédure, ne sont pas applicables dans ce cas (4). Mais l'acquéreur doit notifier l'acte de consignation tant au vendeur qu'aux créanciers inscrits, et le faire déclarer valable. Ceci est nécessaire en vue de la radiation ultérieure des inscriptions, que le nouveau propriétaire demandera pour faire disparaître de l'immeuble le signe qui en marquait l'affectation : le conservateur, qui n'est pas juge de la validité de la consignation, se refuserait évidemment à rayer si, en supposant que les créanciers ne consentissent pas à donner mainlevée, on ne produisait pas, à défaut de mainlevée, un jugement validant la consignation (*suprà,* art. 2157 et le commentaire).

1336 *bis*. Il convient d'ajouter que si, dans les termes de l'art. 2186, la consignation peut être faite spontanément par le nouveau propriétaire lorsqu'elle ne lui est pas formellement interdite par son contrat, ce n'est pas à dire qu'elle ne puisse pas à l'occurrence être exigée par les créanciers, spécialement s'ils ont des raisons de redouter l'insolvabilité du tiers détenteur. C'était l'opinion dominante avant la loi du 21 mai 1858 qui a modifié divers articles du Code de procédure civile sur l'ordre (5). Elle n'a pas cessé d'être exacte depuis cette loi. Quelques doutes, il est

---

(1) Douai, 17 mars 1858 (S.-V., 58, 2, 468; *J. Pal.*, 1859, p. 427; Dall., 59, 2, 188).

(2) Voy. Orléans, 12 janv. 1853; Rej., 24 juin 1857 (*J. Pal.*, 1853, t. I, p. 354; 1857, p. 917; S.-V., 58, 1, 120).

(3) Voy. Bordeaux, 28 mars 1833; Orléans, 22 août 1834; Paris, 12 déc. 1835; Dijon, 5 janv. 1855 (*J. Pal.*, 1856, t. II, p. 50; S.-V., 56, 2, 767; Dall., 55, 2, 131).

(4) C'est constant en jurisprudence. Voy. notamment Rej., 9 déc. 1846 et 24 juin 1857; Riom, 4 mai 1852; Orléans, 2 mars 1854; Besançon, 23 déc. 1856 (S.-V., 47, 1, 213; *J. Pal.*, 1857, p. 917 et 180; 1854, t. II, p. 368; Dall., 55, 2, 269). Au surplus, la solution est consacrée aujourd'hui par la loi du 21 mai 1858, qui en même temps a réuni la procédure de validité à la procédure d'ordre. Cela résulte des modifications introduites par cette loi aux art. 777 et 778 du Code de procédure.

(5) Voy. MM. Grenier (t. II, n° 463); Troplong (t. IV, n° 958 *ter*).

vrai, ont été émis à cet égard, à raison, d'une part, de ce que l'art. 776 du projet, lequel rendait la consignation obligatoire, a été rejeté par le Corps législatif; d'une autre part, de ce que l'art. 777 garde le silence en ce qui concerne la faculté pour les créanciers d'exiger la consignation. Mais ces doutes ne sauraient tenir devant le droit commun, auquel la loi de 1858 n'a pu vouloir déroger. La Cour de Caen a dit justement que « si l'art. 777 du Code de procédure n'a pas admis l'obligation pour l'acquéreur, ainsi que le portait le projet primitif de la loi, de consigner son prix dans un délai déterminé, il n'a pas non plus entendu modifier les droits des créanciers, et a laissé subsister pour eux la faculté de demander toutes les mesures qu'ils jugeraient propres à conserver leurs droits. » Et la Cour a décidé, en conséquence, que l'acquéreur sur vente volontaire qui a notifié son contrat aux créanciers inscrits peut, même sur le demande d'un seul d'entre eux, être forcé à consigner son prix, alors d'ailleurs que sa position est de nature à inspirer des craintes sur sa solvabilité (1).

1337. Terminons sur l'art. 2186 en rappelant ce que nous avons dit plus haut relativement aux intérêts (n° 1319). Nous avons établi que les créanciers ont droit aux intérêts à partir du jour où les offres du prix sont devenues définitives à leur égard par leur acceptation expresse ou tacide. Donc le nouveau propriétaire doit, en cas de payement direct, ajouter à la somme ou au prix distribué entre les créanciers tous les intérêts courus depuis l'acceptation jusqu'au jour du payement effectif; et, en cas de consignation, il doit ajouter aux sommes consignées tous les intérêts courus depuis la même époque jusqu'au jour du dépôt (2).

D'ailleurs ces intérêts sont dus quand même le nouveau propriétaire aurait été dispensé d'en payer par une clause formelle insérée dans son contrat d'acquisition. Cette clause, qui a dû avoir son effet entre le nouveau propriétaire et son auteur, cesse d'être obligatoire pour les créanciers. En effet, lorsque les offres ont été acceptées, le nouveau propriétaire devient débiteur personnel des créanciers en vertu d'un contrat nouveau qui remplace celui par lequel il s'était lié envers son auteur; et ce contrat nouveau reçoit l'application du droit commun consacré par l'art. 1652, d'après lequel l'acheteur doit l'intérêt du prix de la vente jusqu'au payement du capital, si la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus (3).

Néanmoins il faudrait excepter le cas où il apparaîtrait que la dispense de payer les intérêts est entrée en considération dans la fixation du prix, si d'ailleurs la stipulation avait été formellement déclarée dans les notifications comme faisant partie du prix (4), parce que, les créanciers

---

(1) Caen, 29 avr. 1864 (S.-V., 65, 2, 73; *J. Pal.*, 1865, p. 354). Voy. aussi M. Houyvet (*Tr. de l'Ord.*, n° 66).

(2) Voy. Rej., 15 févr. 1847 (S.-V., 47, 1, 511; Dall., 47, 1, 136; *J. Pal.*, 1847, t. II, p. 437).

(3) Rej., 29 avr. 1839; Montpellier, 13 mai 1841 (S.-V., 39, 1, 435; 41, 2, 447; *J. Pal.*, 1839, t. I, p. 501; 1842, t. II, p. 549).

(4) Bordeaux, 17 févr. 1820, 26 juill. 1831, 19 juin 1835; Cass., 24 nov. 1841 (S.-V.,

étant alors avertis, l'absence de surenchère de leur part implique l'idée qu'ils se contentent du prix dans les conditions mêmes où il a été fixé entre le nouveau propriétaire et leur débiteur.

IV. — 1338. Passons à l'hypothèse où le prix déclaré par le nouveau propriétaire dans ses notifications étant inférieur non-seulement au montant des créances inscrites, mais encore à la valeur réelle de l'immeuble objet de la purge, les créanciers se déterminent à refuser les offres. Le refus se manifeste, en général, dans ce cas, par l'exercice du droit de surenchérir, droit éminemment utile pour la sûreté des prêts hypothécaires, en ce que, donnant aux créanciers le moyen de faire porter l'immeuble à sa véritable valeur, il leur permet de se défendre contre les fraudes et les dissimulations de prix. Nous aurons à nous expliquer tout à l'heure sur les règles auxquelles est soumis l'exercice de ce droit, et sur les suites de la réquisition de mise aux enchères. Avant tout, il faut examiner la première des questions qui se présentent ici, la question de savoir qui a le droit de surenchérir.

1339. Sur ce point, le premier paragraphe de l'art. 2185 ne permet pas d'équivoque. Lorsque le propriétaire a fait ses notifications, dit cet article, « *tout créancier dont le titre est inscrit* peut requérir la mise de l'immeuble aux enchères et adjudications publiques. » Le point à noter ici, c'est que le droit appartient à *tout créancier inscrit*. Ainsi, quel que soit le rang du créancier et quelle que soit la nature de sa créance, pourvu qu'il ait la qualité de créancier inscrit, il doit être admis à surenchérir ; et il peut le faire soit par lui-même, soit par mandataire, soit même par ses créanciers comme exerçant ses droits (1). Il importerait peu que le surenchérisseur fût sans intérêt, en ce qu'à raison de son rang d'hypothèque il ne devrait pas espérer des enchères un prix suffisant pour le couvrir de sa créance (2) ; il importerait peu également que la surenchère fût, au contraire, pleinement inutile, la somme déclarée et offerte par le nouveau propriétaire étant suffisante pour désintéresser tous les créanciers inscrits : la réquisition n'en devrait pas moins être admise, parce que la loi qui consacre en principe le droit des créanciers laisse à chacun d'eux le soin d'apprécier comme il l'entend l'intérêt qu'il peut avoir à l'excerce (3).

1340. Cependant il faut non-seulement que le surenchérisseur soit inscrit, mais encore que l'inscription dont il est muni soit valable, utilement conservée, et qu'elle ait été prise pour sûreté d'un droit légitime, lequel est encore subsistant au moment de la surenchère. Ainsi l'inscription du surenchérisseur manquerait en la forme de l'une des

---

32, 2, 195 ; 36, 2, 28 ; 42, 1, 333 ; Dall., 34, 2, 222 ; 35, 2, 138 ; 42, 1, 32 ; *J. Pal.*, 1842, t. I, p. 701).

(1) Voy. Rej., 30 janv. 1839 ; Bourges, 25 févr. 1840 et 7 mai 1845 (S.-V., 39, 1, 96 ; *J. Pal.*, 1847, t. I, p. 467). Il résulte de la jurisprudence que le mandataire à l'effet de surenchérir peut, au cas où la surenchère qu'il a formée en exécution du mandat vient à être annulée, en former une nouvelle en vertu de la même procuration. Bordeaux, 3 mai 1867 (*J. Pal.*, 1867, p. 995 ; S.-V., 67, 2, 279).

(2) Douai, 5 févr. 1874 (S.-V., 75, 2, 267 ; *J. Pal.*, 1875, p. 1004).

(3) Voy. Paris, 3 févr. 1832.

énonciations substantielles (*suprà,* nos 955 et suiv.) ; ou bien elle serait régulière en la forme, mais elle n'aurait pas été renouvelée dans les termes de l'art. 2154, et dès lors se trouverait périmée (nos 1034 et suiv.); ou encore l'inscription, quoique régulière et non périmée, serait réduite à n'être qu'un titre apparent, soit parce que le créancier en aurait donné mainlevée, soit parce qu'elle aurait été faite, suivant l'expression de l'art. 2160, sans être fondée ni sur la loi, ni sur un titre, ou en vertu d'un titre irrégulier, éteint ou soldé (nos 1073 et suiv.); ou enfin elle aurait été prise pour des causes qui se trouvent effacées par les voies légales au moment de la réquisition (même article) : dans tous ces cas, la surenchère ne saurait être valablement requise par celui dont l'inscription est ainsi nulle, inefficace ou sans objet.

1341. Seulement, si la péremption de l'inscription ou l'extinction des causes pour lesquelles l'inscription a été prise ne survenait qu'après la réquisition, il faudrait distinguer. La surenchère serait comme non avenue s'il n'y avait d'autre créancier inscrit que celui qui l'aurait requise, parce qu'il ne serait plus possible alors de suivre sur une action hypothécaire qui n'a pas été conservée jusqu'au bout par la seule personne qui avait pu l'exercer (1). Mais s'il existait d'autres créanciers inscrits, la surenchère devrait être maintenue et suivre son cours dans leur intérêt : la réquisition de surenchère, regulière au moment où elle a été faite par l'un des créanciers, constitue un droit acquis pour tous les créanciers inscrits dont le droit subsiste, et ils peuvent suivre : car la faculté de surenchérir est consacrée par la loi dans un intérêt général, et non pas seulement dans l'intérêt individuel de celui qui se met en avant pour l'exercer.

V. — 1342 Ce n'est pas tout d'être créancier inscrit pour être admis à surenchérir; il faut encore avoir la faculté requise pour s'obliger. La surenchère est, à la vérité, une mesure conservatoire, en ce sens que, permettant aux créanciers de contrôler les conditions et le prix auxquels le débiteur aurait aliéné le gage hypothécaire, et de faire porter ce gage à sa juste valeur, elle tend, comme l'inscription, mais dans un autre ordre d'idées, à la conservation du droit hypothécaire. Cependant elle n'a pas ce caractère aussi exclusivement que l'inscription; car en soi elle renferme une promesse qui lie le créancier et l'oblige, comme nous le verrons tout à l'heure, à rester adjudicataire, si son enchère n'est pas couverte. On comprend donc que la surenchère soit permise à celui-là seulement qui est capable de s'obliger (2).

1343. Ainsi le mineur et l'interdit ne peuvent pas surenchérir, car étant privés absolument de la capacité civile, ils ne peuvent pas s'obliger. Est-ce à dire pourtant que la loi les abandonne ou les traite moins favorablement que les personnes qui sont dans la plénitude de leurs

---

(1) Voy. Grenoble, 12 mai 1824; Bordeaux, 17 mars 1828.

(2) Il a été jugé que le syndic d'une faillite ne peut valablement former une surenchère pour le failli, même avec l'autorisation du juge-commissaire. Chambéry, 31 déc. 1874 (*J. Pal.*, 1875, p. 234; S.-V., 75, 2, 50).

droits civils? Non : la surenchère peut très-bien être faite en leur nom par le tuteur, leur mandataire légal. Nous pensons même, contre l'opinion de quelques auteurs (1), qu'il n'en est pas de la surenchère comme du délaissement dont nous parlons au n° 1172, et que le tuteur pourrait la requérir sans y être autorisé par le conseil de famille. En définitive, il s'agit uniquement ici d'un acte qui peut aboutir éventuellement à l'acquisition d'un immeuble, et l'on ne voit pas que le tuteur ait besoin de l'autorisation du conseil de famille pour faire des acquisitions de cette nature au profit de son pupille (2).

1344. Le mineur n'acquiert pas même par son émancipation une capacité suffisante pour surenchérir, car la surenchère, à raison des conséquences qu'elle peut entraîner, n'est pas un acte de pure administration : le mineur émancipé ne peut donc surenchérir qu'avec l'assistance de son curateur. Par ce même motif, le prodigue aurait besoin de l'assistance de son conseil, et la femme mariée de l'autorisation du mari ou de la justice (3). Il en est ainsi même pour la femme séparée de biens, qui, pas plus que la femme mariée sous un régime quelconque d'association conjugale, ne peut s'obliger sans l'autorisation de son mari (C. civ., art. 217). Et comme il s'agit ici d'un acte d'obligation et non de pure administration, il ne suffirait pas à la femme d'avoir une autorisation générale; elle doit être pourvue d'une autorisation *spéciale* (4).

Toutefois le vice résultant de ce que la surenchère émanerait de personnes ainsi frappées d'une incapacité relative serait réparé si l'autorisation ou l'assistance sans laquelle la surenchère ne pourrait être utilement requise se produisait ultérieurement, et même après l'expiration du délai accordé par la loi pour surenchérir (5). C'est pourquoi le nouveau propriétaire et son auteur, auxquels la surenchère est notifiée, ne sauraient se prévaloir de ce que la condition habilitante n'est pas remplie pour demander la nullité de la surenchère; ils pourraient

---

(1) Voy. MM. Grenier (n° 459); Troplong (n° 953 *bis*); Demolombe (t. VI, n° 719); Fréminville (t. I, n° 348); Aubry et Rau (t. II, p. 941; 4[e] édit., t. III, p. 526). Voy. aussi Riom, 6 déc. 1865 (S.-V., 66, 2, 325; *J. Pal.*, 1866, p. 1232; Dall., 66, 5, 455).

(2) Voy. Rouen, 6 janv. 1846, et Bourges, 2 avr. 1852 (*J. Pal.*, 1846, t. II, p. 102; 1852, t. I, p. 505; S.-V., 53, 2, 385; Dall., 46, 2, 201; 55, 2, 110).

(3) Cela a été contesté pour la femme mariée sous le régime dotal. Voy. Lyon, 27 août 1813. Mais la jurisprudence est fixée en sens contraire. Voy. notamment Riom, 21 août 1824; Grenoble, 11 juin 1825; Caen, 20 juin 1827; Rej., 16 déc. 1840 (S.-V., 28, 2, 183; 41, 1, 11). Voy. aussi MM. Aubry et Rau (t. II, p. 950; 4[e] édit., t. III, p. 526).

(4) Rej., 14 juin 1824; Caen, 9 janv. 1849; Grenoble, 30 août 1850 (*J. Pal.*, 1851, t. II, p. 334; S.-V., 51, 2, 625). Toutefois, une femme autorisée à demander la séparation de biens est virtuellement autorisée à poursuivre l'exécution du jugement par elle obtenu, et même à former, dans ce but, une surenchère sur les biens vendus par le mari ou expropriés sur lui. Orléans, 24 mars 1831; Bourges, 25 févr. 1840; Bordeaux, 23 juin 1843; Cass., 29 mars 1853 (Dall., 31, 2, 168; 53, 1, 103; S.-V., 31, 2, 155; 43, 2, 465; 53, 1, 442; *J. Pal.*, 1844, t. I, p. 585; 1853, t. II, p. 99); MM. Demolombe (t. IV, n° 293); Aubry et Rau (*loc. cit.*, note 58, et t. IV, p. 138; 4[e] édit., t. III, p. 525, note 62); Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. I, p. 233, note 17).

(5) Voy. l'arrêt déjà cité de Caen, du 9 janv. 1849, et, en sens inverse, l'arrêt également cité de la Cour de cass, du 14 juin 1824.

seulement s'autoriser du fait pour demander que la surenchère fût déclarée non recevable tant que l'incapable ne serait pas légalement assisté ou autorisé (1).

VI. — 1345. Enfin supposons que le surenchérisseur se présente dans toutes les conditions de capacité requise, et qu'en outre il soit muni d'une inscription régulière et utilement conservée, cela ne suffit pas encore : il faut, pour que la surenchère soit admissible, que le surenchérisseur ne puisse pas être écarté par fin de non-recevoir. Par exemple, il aurait concouru à la vente consentie par le débiteur au nouveau propriétaire, ou il aurait adhéré aux conditions de cette vente, la voie de la surenchère lui serait fermée. Son adhésion ou son concours l'ont rendu partie au contrat; comment donc lui serait-il permis d'introduire une action dont le résultat doit être de résoudre le contrat auquel il a librement concouru ou adhéré? La surenchère n'est pas possible de sa part, à moins que son intervention au contrat fait avec le nouveau propriétaire n'ait eu lieu sous toutes réserves de son droit de surenchérir (2).

1345 *bis*. Dans cet ordre d'idées, nous avons à signaler la dérogation à l'art. 2185 par la disposition de l'art. 573 du Code de commerce, spécialement relative à l'adjudication des biens du failli vendus sur la poursuite du syndic après l'union des créanciers. En effet, aux termes de la jurisprudence dominante, ce dernier article, qui limite à la quinzaine à partir de l'adjudication la faculté de surenchérir ouverte *à toute personne*, a virtuellement abrogé, en cas de faillite, l'article 2185 du Code civil, en sorte qu'à défaut par les créanciers, même hypothécaires, d'avoir surenchéri dans le délai de quinzaine, ils ont perdu tout droit de suite sur l'immeuble et ne peuvent plus que requérir leur collocation à l'ordre, l'art. 772 du Code de procédure, d'après lequel l'ordre ne peut, hors le cas d'expropriation forcée, être ouvert qu'après l'accomplissement des formalités relatives à la purge des hypothèques, n'étant pas applicable en ce cas (3). Ce point, néanmoins, est controversé : il a été soutenu par des auteurs et jugé par plusieurs arrêts que l'art. 573 précité n'a pas pour effet d'enlever aux créanciers inscrits sur les immeubles vendus le droit conféré aux créanciers hypothécaires d'une manière générale par l'art. 2185 du Code civil, de former une surenchère dans les quarante jours de la notifica-

---

(1) Grenoble, 11 juin 1825; Rej., 11 avr. 1842 et 14 juin 1843 (*J. Pal.*, 1843, t. I, p. 630, et t. II, p. 213).

(2) Paris, 18 févr. 1826; Bordeaux, 20 nov. 1845; Rej., 9 avr. 1839 (S.-V., 39, 1, 276; *J. Pal.*, 1846, t. I, p. 284).

(3) Voy. Orléans, 20 mars 1850; Req., 19 mars 1851; Nîmes, 28 janv. 1856; Caen, 1er juill. 1864; Cass., 3 août 1864 et 13 août 1867 (*J. Pal.*, 1850, t. I, p. 129; 1851, t. I, p. 605; 1856, t. I, p. 129; 1864, p. 1077 et 1244; 1867, p. 995; S.-V., 50, 2, 325; 51, 1, 270; 56, 2, 301; 64, 2, 284; 64, 1, 381; 67, 1, 390; Dall., 56, 2, 98; 64, 2, 335; 64, 1, 329; 67, 1, 375). Voy. aussi MM. Rodière (*Comp. et Proc.*, 3e édit., t. II, et *J. Pal.*, 1863, p. 621, à la note); Lainné (*Faill. et Banq.*, sur l'art. 573, p. 488); Alauzet (t. IV, no 1890); Laroque-Sayssinel (sur l'art. 573, no 2); Gauthier (*J. Pal.*, 1859, p. 466, à la note); Labbé (*ibid.*, 1864, p. 1077, à la note); Moreau (S.-V., 64, 1, 381, à la note).

tion qui leur est faite, par l'acquéreur, de son contrat d'acquisition (1). Mais le texte même est exclusif de cette dernière interprétation. « La surenchère, après adjudication, des immeubles du failli, sur la poursuite des syndics, dit l'art. 573 du Code de commerce, n'aura lieu qu'aux conditions et dans les formes suivantes; — La surenchère devra être faite dans la quinzaine. — Elle ne pourra être au-dessous du dixième du prix principal de l'adjudication. Elle sera faite au tribunal civil, suivant les formes prescrites par les art. 710 et 711 du Code de procédure; toute personne sera admise à surenchérir. — Toute personne sera également admise à concourir à l'adjudication pat suite de surenchère. Cette adjudication demeurera définitive et ne pourra être suivie d'aucune autre surenchère. » Il est par là évident qu'en ramenant les deux surenchères du sixième et du dixième à une surenchère unique, pour laquelle il a accordé un seul et même délai, le législateur a entendu que l'adjudication serait définitive après l'expiration de ce délai, que l'adjudicataire serait désormais affranchi de la purge et que le prix pourrait être immédiatement distribué. Les créanciers hypothécaires ne sauraient donc être admis à retarder, par une surenchère tardive, les opérations de la faillite. Il y en a, d'ailleurs, outre la raison qui s'induit de la formule essentiellement restrictive du texte, cette autre raison décisive que ces créanciers ont été, non moins que les créanciers chirographaires, représentés par le syndic dans la procédure d'expropriation qu'il a suivie. Il résulte, en effet, de l'ensemble des dispositions de la loi commerciale, que les syndics représentent non pas les créanciers chirographaires, mais la *masse des créanciers,* par conséquent tous les créanciers, et qu'ils sont chargés de liquider, et par cela même de vendre, dans l'intérêt non pas de quelques-uns seulement, mais de tous indistinctement, et dès lors dans l'intérêt des créanciers hypothécaires eux-mêmes. Cela étant, comment ces créanciers pourraient-ils être admis à surenchérir? Représentés par le syndic dans l'expropriation qu'il a suivie, ils sont censés avoir fait la vente eux-mêmes; ils ne sauraient donc avoir le droit de former la surenchère qui, dans la pensée de la loi, est réservée seulement aux créanciers hypothécaires dont le gage a été vendu par un acte auquel *ils sont restés complétement étrangers* et pour un prix convenu *à leur insu* entre le vendeur et l'acheteur.

Du reste, nous n'entendons parler ici que des créanciers du débiteur failli. La situation serait différente pour les créanciers inscrits sur les immeubles du failli du chef d'anciens propriétaires. Ceux-là, à l'égard desquels le failli n'aurait été tenu que comme tiers détenteur, devraient avoir le bénéfice du droit commun; et comme on ne peut pas dire qu'ils ont été représentés par le syndic, ils ne sauraient être privés du droit

---

(1) Douai, 4 août 1859; Paris, 21 août 1862; Douai, 18 août 1865 (*J. Pal.*, 1859, p. 1131; 1863, p. 62; 1866, p. 599; S.-V., 60, 2, 299; 62, 2, 545; 66, 2, 148; Dall., 66, 2, 38). Voy. aussi MM. Petit (*Surench.*, p. 269); Boileux, sur Boulay-Paty (*Faill. et Banq.*, t. II, p. 242); Morin (*J. des av.*, t. LXVIII, p. 449); Demangeat, sur Bravard (t. V, p. 627); Esnault (*Faill.*, t. III, p. 581).

de surenchérir sans avoir été mis en demeure par le nouveau propriétaire, dans les termes de l'art. 2183, de l'exercer conformément à l'art. 2185 (1).

1346. Par exemple encore, le nouveau propriétaire est lui-même créancier inscrit de son vendeur. Concevrait-on que la surenchère lui fût permise? Acquéreur, il ne peut aller contre son propre fait, ni détruire, au moyen de la surenchère, le prix dont il est convenu avec son vendeur (2). Et à plus forte raison la fin de non-recevoir serait insurmontable si la surenchère était requise par le vendeur lui-même, qui, étant garant de la vente, ne saurait être admis à faire des actes qui en provoquent la résolution (3).

1347. Mais on ne saurait opposer comme fin de non-recevoir, à l'exercice du droit de surenchérir, l'insolvabilité du surenchérisseur (4). Nous n'avons ici rien de semblable à la disposition de l'art. 711 du Code de procédure dont la jurisprudence s'autorise journellement pour décider que la surenchère du *sixième,* c'est-à-dire la surenchère après adjudication sur saisie immobilière, ne peut pas être formée par un insolvable (5). Dans notre cas, la loi consacre, en principe, le droit de surenchérir au profit de tout créancier inscrit; ce droit peut donc être exercé par tout créancier qui se trouve dans les conditions déterminées; et si celui qui l'exerce est insolvable, son insolvabilité tirera d'autant moins à conséquence que, après tout, les parties intéressées auront leur garantie dans la caution que le surenchérisseur est tenu de fournir (*infra,* nos 1370 et suiv.).

1348. De même, de la circonstance que la surenchère serait déjà *requise* par un créancier ne résulterait pas une fin de non-recevoir contre le créancier inscrit qui viendrait ultérieurement requérir une autre surenchère. Seulement, les deux réquisitions devraient être confondues dans une même poursuite, laquelle appartiendrait au plus diligent des deux créanciers, sans préjudice du droit que l'art. 2187 réserve à cet égard au nouveau propriétaire.

1349. Il en serait autrement si, au lieu d'une première *réquisition* de surenchère, le surenchérisseur se trouvait en présence d'une première surenchère consommée. Il y aurait, dans ce cas, une fin de non-recevoir que la loi elle-même a cru devoir édicter. Avant la loi du 2 juin

---

(1) Le cas a été très-nettement réservé dans les arrêts de la Cour de cassation des 3 août 1864 et 13 août 1867, cités à l'avant-dernière note. Voy. aussi Rej., 9 nov. 1858 (S.-V., 59, 1, 49; *J. Pal.*, 1859, p. 466; Dall., 58, 1, 440). *Comp.* Cass., 14 nov. 1866, Req., 24 févr. 1869; Paris, 7 janv. 1860, 13 juin 1874 (Dall., 69, 1, 451; *J. Pal.*, 1860, p. 195; 1867, p. 27; 1869, p. 487; 1874, p. 1153; S.-V., 67, 1, 21; 69, 1, 197; 74, 2, 273).

(2) Bordeaux, 22 juill. 1833 (S.-V., 34, 2, 21).

(3) Rej., 4 mai 1824, 8 juin 1853; Riom, 22 févr. 1851; Req., 30 janv. 1861 (S.-V., 52, 2, 23; 53, 1, 508; 61, 1, 337; Dall., 52, 2, 166; 53, 1, 209; 61, 1, 211; *J. Pal.*, 1851, t. II, p. 234; 1854, t. II, p. 379; 1861, p. 580). Voy. aussi Nancy, 9 avr. 1829.

(4) Paris, 6 avr. 1812; Toulouse, 2 août 1827. Voy. aussi les motifs de l'arrêt de Bordeaux, du 3 mai 1867, cité au n° 1339.

(5) Voy. les arrêts de la Cour de cass. des 31 mars 1819, 12 janv. 1847, 28 août et 30 déc. 1850 (*J. Pal.*, 1847, t. I, p. 523; 1851, t. I, p. 25 et 320). *Junge* : Paris, 20 déc. 1862 (*J. Pal.*, 1863, p. 136).

1841, modificative des dispositions du Code de procédure sur les saisies immobilières et les ventes judiciaires des biens immeubles, le principe que *surenchère sur surenchère ne vaut* était admis déjà en doctrine et en jurisprudence. Mais, par l'effet de cette loi, le principe est devenu une disposition formelle du Code de procédure; il s'y trouve expressément écrit dans plusieurs articles, entre lesquels nous prenons celui qui se rattache à notre matière, l'art. 838, où il est dit que « l'adjudication par suite de surenchère sur aliénation volontaire ne pourra être frappée d'aucune surenchère. »

1350. Mais faut-il assimiler au cas d'une première surenchère qui ne permet pas d'en former une seconde le cas de folle enchère? S'il s'agissait de la surenchère du sixième ouverte par le Code de procédure au profit de toutes personnes, la question ne pourrait plus être mise en discussion : il est constant aujourd'hui, d'après une jurisprudence que nous avons eu l'occasion de défendre ailleurs (1), que la surenchère du sixième ne peut plus être exercée après adjudication prononcée sur folle enchère (2). En doit-il être autrement de la surenchère du dixième autorisée par l'art. 2185 en faveur des créanciers inscrits? La Cour de Dijon s'est prononcée pour l'affirmative, en se fondant sur ce que le droit de surenchère créé par cet article subsiste tant que le créancier inscrit n'est pas frappé par la notification et n'a pas laissé écouler quarante jours pour l'exercer; que si, faute par l'adjudicataire de remplir les conditions de la vente judiciaire, il y a lieu à une revente par folle enchère qui ait pour effet de substituer un nouveau prix à l'immeuble, il n'existe aucune raison de droit qui fasse obstacle à ce que la surenchère du dixième s'exerce *sur ce nouveau prix, qui subsiste seul;* et qu'il serait contraire à toute idée de justice d'admettre que le créancier inscrit, au profit duquel l'art. 2185 a créé un droit de surenchère sur le prix d'adjudication, fût déchu de ce droit par cela seul que l'adjudicataire, n'ayant pas rempli ses engagements, aurait donné lieu à une revente sur folle enchère dont l'effet ordinaire est d'amoindrir le gage du créancier (3).

Ces considérations, toutefois, ne nous semblent pas décisives. Elles reposent sur cette supposition que le jugement d'adjudication sur folle enchère a pour effet d'annuler complétement toute la procédure antérieure, de la faire disparaître, pour ne laisser debout que cette dernière adjudication, qui, devenant ainsi la première, serait dès lors susceptible de donner lieu à une surenchère dans les termes de la loi. Or, cette supposition est manifestement inexacte; car il n'est pas vrai de dire

(1) *Rev. de législ.* (t. XIX, p. 605 et suiv.).

(2) Voy. notamment Cour de cass., 10 janv. 1844, 24 mars et 4 août 1851, 11 mars 1863 (S.-V., 44, 1, 97; 51, 1, 434; 63, 1, 380; *J. Pal.*, 1863, p. 1017; Dall., 51, 1, 119 et 231; 63, 1, 98); Req., 14 mars 1870 (Dall., 70, 1, 328; *J. Pal.*, 1870, p. 503; S.-V., 70, 1, 198). *Junge :* Paris, 24 mai 1860; Pau, 28 mars 1860 (*J. Pal.*, 1860, p. 588; 1861, p. 589; S.-V., 61, 2, 57; Dall., 60, 2, 164 et 183). Voy. aussi M. Seligman (*Des Sais. immob. et de l'Ord.*, n° 719).

(3) Voy. Dijon, 4 mars 1855 (S.-V., 55, 2, 571; *J. Pal.*, 1855, t. I, p. 369; Dall., 55, 2, 126.

que la revente sur folle enchère fait disparaître tout ce qui précède : elle modifie sans doute l'adjudication faite sur la première surenchère quant au nom de l'adjudicataire; mais elle la maintient et la confirme sur le point le plus important, la fixation du prix, qui reste celle déterminée par l'adjudication sur la première surenchère, puisque le fol enchérisseur est tenu de toute la différence *qui peut exister entre le prix de l'adjudication et celui de la vente faite sur folle enchère* (C. proc., art. 740) (1). Et la supposition sur laquelle repose l'arrêt de la Cour de Dijon écartée, nous avions dit de la surenchère du dixième, dans notre précédente édition, comme nous l'avons dit ailleurs (2) de la surenchère du sixième, qu'il a été dans la pensée du législateur de ne pas l'admettre après une revente sur folle enchère; que, lorsque l'art. 739 du Code de procédure, en rappelant les différentes dispositions applicables en cas de revente sur folle enchère, se borne à relater les articles 705, 706, 707, 711, et passe ainsi sous silence ou omet de relater les art. 708, 709, 710, tous trois relatifs à la surenchère, il indique nettement par là qu'il ne peut jamais y avoir lieu à une surenchère après une première surenchère suivie d'une revente sur folle enchère.

Nous devons dire aujourd'hui que cette opinion n'a pas prévalu. Et nous-même, appelé plus tard à statuer sur la question à l'occasion d'un pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Bordeaux qui l'avait résolue contrairement à l'opinion par nous exprimée (3), nous avons reconnu qu'en concluant de la surenchère du sixième accordée à toute personne indistinctement abstraction faite de tout droit préexistant, à la surenchère du dixième exclusivement réservée aux créanciers hypothécaires comme conséquence de leur droit de suite, nous nous étions laissé égarer par une trompeuse analogie. Nous admettons donc, après y avoir mieux réfléchi, que les créanciers hypothécaires conservent la faculté de surenchérir du dixième, en matière de vente volontaire, même faite devant la justice, après folle enchère, parce qu'ils sont restés étrangers à tout ce qui s'est passé, et que leur droit ne peut périr que lorsqu'ils ont été mis en demeure par les formalités de la purge. C'est ce qu'a décidé la chambre civile de la Cour de cassation en rejetant le pourvoi formé contre la décision précitée de la Cour de Bordeaux (4).

Mais il en serait autrement dans le cas où la revente sur folle enchère aurait été précédée d'une première surenchère. Par exemple, si le fol enchérisseur était devenu adjudicataire par suite d'une première surenchère du sixième, il est de toute évidence qu'une nouvelle surenchère, même du dixième, ne pourrait plus être admise, par application de la

---

(1) *Comp.* Req., 12 août 1862 (*J. Pal.*, 1863, p. 316).
(2) *Rev. de législ.* (*loc. cit.*).
(3) Bordeaux, 23 juill. 1861 (*J. Pal.*, 1862, p. 1124; S.-V., 62, 2, 197; Dall., 62, 2, 126).
(4) Rej., 6 juill. 1864 (*J. Pal.*, 1864, p. 1073; S.-V., 64, 1, 377; Dall., 64, 1, 279). — Voy. aussi Bordeaux, 3 mai 1867 (*J. Pal.*, 1867, p. 995); et MM. Aubry et Rau (t. II, p. 929, note 14; 4e édit., t. III, p. 501, note 14); Labbé (*J. Pal.*, 1864, p. 1073, à la note); Moreau (S.-V., 64, 1, 377, à la note). *Comp.* Metz, 6 févr. 1867 (Dall., 67, 2, 44).

règle *surenchère sur surenchère ne vaut*. Ainsi a jugé la Cour de Colmar (1).

Nous avons dit quelles personnes peuvent surenchérir. Voyons maintenant à quelles règles l'exercice du droit a été soumis.

VII. — 1351. A cet égard, l'art. 2185 dispose que la surenchère pourra être requise à la charge : 1° que la réquisition sera signifiée au nouveau propriétaire, dans quarante jours au plus tard de la notification faite à la requête de ce dernier, en y ajoutant deux jours par cinq myriamètres de distance entre le domicile élu et le domicile réel de chaque créancier requérant; 2° qu'elle contiendra soumission, par le requérant, de porter ou faire porter le prix à un dixième en sus de celui qui aura été stipulé dans le contrat, ou déclaré par le nouveau propriétaire; 3° que la même signification sera faite, dans le même délai, au précédent propriétaire, débiteur principal; 4° que l'original et la copie de ces exploits seront signés par le créancier requérant, ou par son fondé de procuration expresse, lequel, en ce cas, est tenu de donner copie de la procuration; 5° et qu'il offrira de donner caution jusqu'à concurrence du prix et des charges. L'article ajoute que le tout est prescrit à peine de nullité.

Chacune de ces règles comporte quelques observations particulières; nous allons les reprendre successivement; après quoi nous nous occuperons de la sanction établie par la loi.

1352. La première règle, qui a pour objet le délai dans lequel la surenchère doit être requise, touche aussi à certains égards à la forme de la réquisition.

Sur ce dernier point, l'art. 2185 est moins explicite encore que l'art. 2183, relatif à la notification de son contrat par le nouveau propriétaire. Mais la disposition, sous ce rapport, en est complétée par l'art. 832 du Code de procédure, qui, embrassant à la fois les notifications et les réquisitions prescrites par les art. 2183 et 2185 du Code civil, dit qu'elles seront faites par un huissier commis à cet effet, sur simple requête, par le président du tribunal de première instance de l'arrondissement où elles auront lieu, et qu'elles contiendront constitution d'avoué près le tribunal où la surenchère et l'ordre devront être portés. A cet égard, nous nous référons à nos observations sur les notifications (*suprà*, n° 1304), en faisant remarquer que le tribunal devant lequel l'avoué doit être constitué et la surenchère poursuivie est celui de la situation des biens, puisqu'il s'agit ici d'une action réelle (2).

(1) Voy. Colmar, 13 mai 1857 (S.-V., 57, 2, 616; *J. Pal.*, 1857, p. 350). Voy. aussi l'arrêt déjà cité de la Cour de Pau, du 28 mars 1860. — Bourges, 8 avr. 1873 (S.-V., 74, 2, 255; *J. Pal.*, 1874, p. 1049; Dall., 74, 2, 144).

(2) Voy. Rej., 27 frim. an 14, 11 févr. 1806 et 13 août 1807 (Dall., *Rec. alph.*, t. X, p. 816, et t. XI, p. 767). Voy. aussi Bordeaux, 15 mars 1850 (*J. Pal.*, 1850, t. II, p. 195). Du reste, les formes à suivre pour la surenchère sont celles de la loi alors en vigueur, bien que l'adjudication ait eu lieu sous l'empire d'une loi différente. Il en est ainsi spécialement à l'égard d'une surenchère formée, depuis la mise en vigueur du Code de procédure civile française en Savoie, par suite d'une adjudication prononcée sous la loi sarde. Chambéry, 27 nov. 1860; Req., 10 mars 1862 (*J. Pal.*, 1861, p. 1042; 1863, p. 628; S.-V., 61, 2, 407; 63, 1, 80).

1353. Mais complétons nos observations sur la forme de la réquisition de surenchère, en indiquant, par anticipation sur l'ordre des règles posées par l'art. 2185, qu'aux termes de la quatrième règle, l'original et les copies de l'exploit doivent être signées par le requérant, c'est-à-dire par le créancier lui-même lorsque la surenchère est formée à sa requête (1), et par le fondé de procuration lorsque la surenchère est requise par mandataire. Dans ce dernier cas, la procuration doit être expresse, et le mandataire est tenu de donner copie de sa procuration dans l'exploit. La loi ne veut pas que les parties soient légèrement engagées dans la voie de la surenchère; la signature qu'elles doivent apposer, et qui est nécessaire à la validité de la réquisition, donne la certitude qu'elles ont été appelées à se consulter et que du moins elles ne sont pas engagées à leur insu et sans leur consentement.

VIII. — 1354. Revenons maintenant au délai de la surenchère, c'est-à-dire à l'objet spécial de la première des règles écrites dans l'article 2185. Ce délai est de quarante jours, qui courent séparément pour chaque créancier à partir du jour de la notification à lui faite par le nouveau propriétaire : c'est dire que si les notifications ont été faites par exploits séparés et à des dates différentes, le délai ne court, pour chaque créancier, qu'à partir du jour où il a reçu individuellement la notification (2). La règle est strictement rigoureuse.

Ainsi, d'une part, tant que les notifications ne sont pas faites par le nouveau propriétaire, toute réquisition de surenchére serait prématurée. Cela s'induit du texte même de l'art. 2185, où il est dit que les créanciers inscrits peuvent requérir la mise aux enchères *lorsque le nouveau propriétaire a fait la notification*. C'est, d'ailleurs, conforme à la raison, car, jusqu'à la notification portant l'offre du nouveau propriétaire, l'acte de vente ne change rien aux droits des créanciers, qui, s'ils ne sont pas payés, peuvent procéder par la voie de la saisie immobilière et arriver ainsi, par un moyen infiniment plus simple et moins onéreux que la surenchère, à la mise aux enchères de leur gage. Donc, quoi qu'en aient dit les Cours de Rennes et de Limoges (3), toute réquisition de surenchère faite avant les notifications doit être déclarée non recevable, à moins que le nouveau propriétaire n'ait perdu le droit d'opposer la fin de non-recevoir, par exemple si, ayant été sommé par le surenchérisseur de notifier son contrat, il a obtempéré à la sommation (4).

---

(1) Mais une surenchère faite au nom d'une société commerciale est valable, quoique revêtue seulement de la signature sociale apposée par l'un des associés; il n'est pas nécessaire que chacun des associés signe. Rej., 29 janv. 1839 (S.-V., 39, 1, 90; Dall., 39, 1, 147; *J. Pal.*, 1839, t. I, p. 98. De même la réquisition faite à la requête du mari et de la femme, à raison d'une créance de la communauté, est valable, quoique signée du mari seulement. Paris, 4 mars 1815 (Dall., *Rec. alph.*, t. XI, p. 774).

(2) Voy. Rej., 10 mars 1853 (S.-V., 53, 1, 702).

(3) Voy. Rennes, 6 août 1849; Limoges, 22 mars 1843 et 20 févr. 1858 (S.-V., 44, 2, 198; 51, 2, 731; 58, 2, 246; *J. Pal.*, 1858, p. 457). Mais voy., en sens contraire, Trib. de Saint-Omer, 27 mars 1847, et de Sedan, 28 mai 1851 (*J. des avoués*, t. LXXVI, p. 636).

(4) Rej., 9 avr. 1839 (S.-V., 39, 1, 276; Dall., 39, 1, 154). Voy. aussi Limoges, 24 avr. 1863 (S.-V., 63, 2, 266; Dall., 63, 2, 173; *J. Pal.*, 1864, p. 198).

D'une autre part, si quarante jours s'écoulent après les notifications, qui seules ouvrent la voie de la surenchère, sans que la surenchère ait été valablement requise, la déchéance est absolue (1). D'ailleurs le jour des notifications n'est pas compris dans le délai, qui, ainsi, ne prend cours que le lendemain. Quant au jour de l'écheance, nous avions fait remarquer, dans notre précédente édition, que l'expression même de la loi, d'après laquelle la réquisition doit être signifiée *dans les quarante jours au plus tard,* montre qu'ici, à la différence de ce qui a lieu pour les notifications (nos 1298 et 1153), il devait faire partie du délai, dans la pensée des rédacteurs de l'art. 2185, et, par suite, que la surenchère aurait été tardive si elle n'avait été requise que le quarante et unième jour, quand même le quarantième aurait été un jour de fête légale (2). Toutefois, on devra aujourd'hui se référer, à cet égard, à la loi du 3 mai 1862, laquelle, en modifiant l'ancien art. 1033 du Code de procédure, dispose, par son dernier paragraphe, que « si le dernier jour du délai est un jour férié, le délai sera prorogé au lendemain. »

1355. Mais quelque rigoureuse que soit la règle, il est un cas particulier dans lequel le délai a dû être augmenté : c'est lorsque le créancier a son domicile réel dans un autre lieu que celui où il a établi son domicile élu. Les notifications à fin de purge ont dû lui être faites à ce dernier domicile, ainsi que nous l'avons expliqué dans le commentaire de l'art. 2183 (n° 1303). Or, comme la loi fait de la surenchère un acte essentiellement personnel aux créanciers, un acte que les créanciers doivent faire eux-mêmes et signer (n° 1353), il fallait tenir compte de la situation de ceux qui, domiciliés à une trop grande distance de leur domicile d'élection, ne pourraient recevoir qu'après un espace de temps plus ou moins long communication de la mise en demeure à eux faite par le nouveau propriétaire. Les rédacteurs de la loi de brumaire n'y avaient pas pris garde, et, sans faire aucune distinction, ils avaient fixé le délai d'un mois après lequel tout créancier, quel que fût son domicile réel et à quelque distance qu'il fût situé du domicile d'élection, était déchu du droit de surenchérir. Les rédacteurs du Code ont, par un sentiment d'équité, corrigé sous ce rapport la loi de brumaire, dont l'uniformité créait une injuste inégalité entre les créanciers : et après avoir augmenté le délai en le portant à quarante jours, ils ont disposé qu'il serait ajouté à ce délai deux jours par cinq myriamètres de distance entre le domicile élu et le domicile réel de chaque créancier requérant (3).

---

(1) Voy. Cass., 15 mars 1837; Amiens, 10 juin 1840 (S.-V., 37, 1, 340; 41, 2, 550). D'ailleurs, la nullité d'une surenchère pour défaut de signification régulière au vendeur, dans le délai de quarante jours fixé par la loi, peut être invoquée par l'acquéreur, quoiqu'elle ne soit pas invoquée par le vendeur. Rej., 13 mars 1865 (*J. Pal.*, 1865, p. 551; S.-V., 65, 1, 233; Dall., 65, 1, 123).

(2) Voy., sur ces divers points, Rouen, 14 janv. 1815; Paris, 18 juill. 1819; Cass., 27 févr. 1821; Caen, 12 janv. 1842 (Dall., *Rec. alph.*, t. XI, p. 767, 769; S.-V., 42, 2, 530). Du reste, quand le jour de l'échéance est un jour férié, le surenchérisseur pouvait, en vertu de l'art. 1037 du Code de procédure, obtenir du juge la permission de notifier sa surenchère. Voy. Rouen, 14 janv. 1823; Rej., 23 févr. 1825.

(3) L'individu subrogé dans les droits d'un créancier inscrit, et qui n'a pas fait lui-

La loi précitée du 3 mai 1862 a substitué le mesure de cinq myriamètres à celle de trois myriamètres qu'avait fixée l'ancien art. 1033 du Code de procédure; en même temps elle a maintenu à *un jour* le délai additionnel établi par ce dernier article. « Le délai, a-t-elle dit, sera augmenté d'*un jour* à raison de cinq myriamètres de distance » ; et elle a ajouté qu'il « en sera de même dans tous les cas prévus, en matière civile et commerciale, lorsque en vertu de lois, décrets ou ordonnances, il y a lieu d'augmenter un délai à raison des distances. » Il faut conclure de cette disposition générale, que le délai additionnel de *deux jours* par cinq myriamètres, établi par l'art. 2185, se trouve aujourd'hui réduit *à un jour* (1).

1356. En ceci, comme pour la fixation du délai principal, la disposition de la loi est toute de rigueur; il ne faut pas l'étendre au delà de ses termes.

Nous en concluons que le délai additionnel étant accordé par la loi au surenchérisseur qui a tout à la fois un domicile réel et un domicile élu en France, la disposition ne pourrait pas être invoquée par le surenchérisseur étranger qui n'y aurait qu'un domicile élu. Pour celui-là, le délai de la surenchère demeurerait fixé à quarante jours, comme pour le créancier dont le domicile réel est dans le lieu même où il a établi son domicile élu (2).

Nous en avions conclu encore, avant la loi précitée, que l'augmentation du délai étant autorisée et réglée à raison de cinq myriamètres, les fractions en dehors de cinq myriamètres ne devaient pas donner lieu à une augmentation de délai même proportionnelle. Mais sur ce point encore, la loi nouvelle, modifiant l'ancien art. 1033 du Code de procédure, dispose que « les fractions de moins de quatre myriamètres ne seront pas comptées; et que les fractions de quatre myriamètres et au-dessus augmenteront le délai d'un jour. » Et, dès lors, il faut dire que si le domicile réel et le domicile élu des créanciers étaient séparés par une distance de trois myriamètres, le délai pour surenchérir serait de quarante jours, sans aucune augmentation; et que si les deux domiciles étaient à une distance de neuf myriamètres l'un de l'autre, le délai serait de quarante-deux jours.

Enfin, nous en avions conclu que le délai supplémentaire comprend l'aller et le retour, et que le surenchérisseur ne pouvait pas invoquer la disposition finale de l'ancien art. 1033, d'après laquelle, quand il y avait lieu à voyage ou envoi et retour, l'augmentation devait être du

---

même inscrire son titre de subrogation antérieurement à la notification faite par l'acquéreur, a, pour former la surenchère, le même délai qu'aurait eu le subrogeant lui-même. En conséquence, le délai additionnel à raison des distances doit être calculé, à l'égard du subrogé, d'après la distance entre le domicile élu par le subrogeant et le domicile réel de ce dernier, et non d'après la distance entre ce domicile élu et le domicile réel du subrogé. Orléans, 15 févr. 1859 (S.-V., 59, 2, 361; Dall., 59, 2, 44; *J. Pal.*, 1859, p. 230).

(1) Voy. MM. Aubry et Rau (t. II, p. 951 et note 67; 4e édit., t. III, p. 527, note 71); Gilbert (*Suppl. aux Codes annot.*, art. 2185, n° 17).

(2) Paris, 26 janv. 1826; Rej., 26 nov. 1828 (S.-V., 26, 2, 240; 29, 1, 18).

double. L'observation n'a plus d'objet aujourd'hui, cette dernière disposition ne se trouvant pas reproduite dans la loi modificative de l'article 1033 du Code de procédure.

IX. — 1357. La réquisition de surenchère doit contenir, en second lieu, soumission par le requérant de porter ou de faire porter le prix à un dixième en sus de celui qui aura été stipulé dans le contrat ou déclaré par le nouveau propriétaire. Mais il convient d'ajouter à cette disposition celle qui complète l'art. 2192, dont la première partie a été expliquée plus haut (n°s 1308 et suiv.). Il s'agit, dans ce dernier article, du cas où diverses choses ayant été acquises conjointement pour un même prix, le propriétaire a dû procéder, dans ses notifications, par voie de ventilation du prix total exprimé dans le titre, et déclarer ainsi le prix de chaque immeuble frappé d'inscriptions particulières et séparées. Dans ce cas, et aux termes du second paragraphe de l'art. 2192, le créancier surenchérisseur ne peut être contraint d'étendre sa soumission ni sur le mobilier, ni sur d'autres immeubles que ceux qui sont hypothéqués à sa créance et situés dans le même arrondissement, sauf le recours du nouveau propriétaire contre ses auteurs, pour l'indemnité du dommage qu'il éprouverait soit de la division des objets de son acquisition, soit de celle des exploitations.

1358. — La loi se préoccupe en ceci de l'intérêt et des droits du nouveau propriétaire; elle ne veut pas qu'on tente légèrement de le déposséder, et que, par caprice ou sur l'espérance plus ou moins fondée d'obtenir un prix supérieur à la somme offerte, les créanciers puissent s'engager impunément dans cette voie de la surenchère, qui doit aboutir à la résolution de conventions librement et légalement formées. Dans cette pensée, elle avertit le créancier surenchérisseur que, par le seul fait de la surenchère, il contracte l'obligation de procurer l'augmentation d'un dixième sur la somme ou le prix offert par le nouveau propriétaire, et s'expose à faire lui-même les frais de cette augmentation, puisque, lié par sa promesse, il restera nécessairement adjudicataire si l'enchère ne couvre pas le prix et le dixième en sus.

Voyons maintenant quel est le prix sur lequel doit porter la surenchère, quels sont les éléments de ce prix, et en quels termes la soumission doit être faite.

X. — 1359 Sur le premier point, nous avons à rappeler les deux hypothèses distinctement prévues par la loi. Quant à celle de l'art. 2185, la disposition est précise; elle ne comporte ni l'équivoque ni le commentaire. La loi suppose une surenchère requise sur les notifications faites par un nouveau propriétaire dont l'acquisition a eu pour objet un seul immeuble grevé des hypothèques ou des priviléges des créanciers auxquels les notifications sont adressées : dans ce cas, le prix à surenchérir est celui qui a été stipulé dans le contrat d'acquisition ou déclaré par le nouveau propriétaire; ce sont les expressions mêmes de l'art 2185.

1360. Quant à l'hypothèse de l'art. 2192, la disposition est précise

également; mais elle exige quelques explications. La loi suppose que la surenchère se produit sur l'offre faite par un propriétaire ayant acquis simultanément, pour un seul prix, l'immeuble hypothéqué avec d'autres immeubles ou avec des objets mobiliers. Dans ce cas, le prix à surenchérir est, non point la somme formant le prix total de l'acquisition faite par le nouveau propriétaire, mais la somme que celui-ci a dû déclarer, par ventilation, comme représentant le prix pour lequel il a entendu acquérir l'immeuble hypothéqué. Cela résulte de l'art. 2192, dont le deuxième paragraphe dit, en effet, qu'en aucun cas le créancier surenchérisseur ne peut être contraint d'étendre sa soumission ni sur le mobilier, ni sur d'autres immeubles que ceux qui sont hypothéqués à sa créance et situés dans le même arrondissement. Du reste, on voit quelle est la pensée de la loi : ici, c'est l'intérêt du créancier, et non plus celui du nouveau propriétaire, qui la préoccupe; elle veut sauvegarder le droit de surenchérir, dont l'exercice serait, en effet, bien souvent entravé, sinon complétement impossible, dans ce cas particulier, si, pour tenter de conserver une créance plus ou moins modique, garantie par une hypothèque inscrite sur un immeuble de peu de valeur, le créancier était tenu d'étendre sa soumission sur un ensemble de propriétés, comprenant cet immeuble, que le nouveau propriétaire aurait acquises simultanément. Le législateur ne devait protection au nouveau propriétaire qu'au point de vue du dommage qu'il peut subir par l'effet d'une adjudication dont le résultat sera de diviser les choses simultanément acquises ou l'exploitation en vue de laquelle il les avait réunies. Et la loi y pourvoit en accordant, par la disposition finale de l'art. 2192, un recours au nouveau propriétaire, non point contre les surenchérisseurs qui ne font qu'user de leur droit, mais contre ses auteurs, auxquels, en définitive, le dommage doit être imputé.

1361. Mais ici s'élève une question. Il s'agit de savoir si, lorsque plusieurs immeubles, appartenant au même propriétaire, situés dans le même arrondissement, et grevés à la fois d'hypothèques générales et d'hypothèques spéciales, ont été vendus par un même acte et pour un prix unique à un seul acquéreur, les créanciers à hypothèque générale peuvent, après ventilation, exercer leur droit de surenchère sur un ou plusieurs des immeubles seulement, ou s'ils sont obligés d'étendre leur surenchère à la totalité des immeubles compris dans la vente. En d'autres termes, les créanciers à hypothèque générale doivent-ils être ramenés à la disposition de l'art. 2185, en ce sens que, dans le cas de la vente en bloc de plusieurs parcelles, le *prix* et l'*immeuble* dont parle cet article s'entendraient de toutes les parcelles et du prix total, représentation de l'unité immobilière formée de la réunion des diverse parties qui ont été simultanément vendues? Et pourrait-on leur refuser le bénéfice de l'art. 2192, en ce que cet article ne serait qu'une restriction de la surenchère établie exceptionnellement et exclusivement en faveur du créancier dont l'hypothèque est elle-même restreinte, c'est-à-dire spéciale? La question est controversée. La Cour de Bourges s'est

prononcée pour l'affirmative (1); mais la négative a été consacrée par les Cours d'Angers et de Paris et par la Cour de cassation (2). Nous avons nous-même défendu ailleurs cette dernière solution (3); et nous ne pouvons que persister.

Nous ne saurions admettre, en effet, qu'il y ait infériorité de l'hypothèque générale, par rapport à l'hypothèque spéciale, en ce qui concerne l'exercice du droit de surenchérir, parce que, en même temps que l'hypothèque générale porte d'un côté sur tous les immeubles du débiteur, de l'autre elle affecte spécialement chacun d'eux, tellement que, par le seul effet de son titre, le créancier à hypothèque générale a aussi une hypothèque spéciale sur chacun des biens de son débiteur. C'est une application de l'art. 2114, qui, traduisant par le grand principe de l'indivisibilité l'ancien adage *Est tota in toto et tota in quâlibet parte,* sans distinction aucune entre l'hypothèque générale et l'hypothèque spéciale, ne permet pas de douter que, lorsqu'elle est générale, elle réside tout entière dans chacun et dans chaque partie des biens hypothéqués. La conséquence de ceci est que le créancier muni d'une telle hydothèque peut exercer les droits qui en dérivent sur une partie des immeubles aliénés aussi bien que sur la totalité; et la surenchère n'étant qu'un droit dérivant de l'hypothèque, la conséquence ultérieure est que si tous les immeubles sont vendus en bloc, il peut surenchérir sur une partie seulement, comme il le pourrait sur le tout.

En quoi cette solution, qui ressort des principes généraux, est-elle contrariée par les art. 2185 et 2192? Le premier, évidemment, ne fournit pas même une induction contraire. Il établit le droit de surenchérir, sans distinguer entre l'hypothèque générale et l'hypothèque spéciale, et ne contient pas un mot d'où l'on puisse induire que le créancier inscrit sur plusieurs immeubles vendus en bloc sera tenu, s'il veut faire une réquisition de surenchère, de la faire porter sur le tout : au contraire, il se borne à poser, en thèse générale, le droit de surenchérir comme appartenant à tout créancier, pourvu que son titre soit inscrit. L'article parle, il est vrai, d'*immeuble* et de *prix*. Pourquoi? Parce que la loi dispose ici, comme toujours, en vue des cas ordinaires, et qu'habituellement les ventes ont pour objet un seul immeuble. Mais c'est se tromper assurément que donner aux expressions *immeuble, prix,* qu'elle emploie, une signification collective et en conclure que, dans sa pensée, la vente de plusieurs immeubles par un même acte et pour un seul prix soit transformée en vente d'un seul immeuble. On peut donc poser en principe que l'art. 2185 n'enlève pas au créancier le droit de surenchérir séparément ce qui est naturellement distinct.

---

(1) Voy. Bourges, 5 mars 1841 (S.-V., 41, 2, 590; Dall., 42, 2, 97; *J. Pal.*, 1841, t. II, p. 592). Voy. aussi M. Martou (n° 1572).

(2) Voy. Angers, 30 avr. 1840; Rej., 21 nov. 1843; Paris, 30 avr. 1853 et 17 août 1859 (S.-V., 40, 2, 396; 44, 1, 60; 60, 2, 192; Dall., 40, 2, 145; 44, 1, 14; *J. Pal.*, 1843, t. II, p. 798; 1853, t. II, p. 174; 1860, p. 127).

(3) Voy. *Rev. de législ.* (t. XIX, p. 599 et suiv.).

Mais cela est vrai surtout lorsque le prix unique a dû être ventilé, conformément à l'art. 2192, par suite de l'existence d'hypothèques spéciales. Alors, en effet, le contrat primitif disparaît pour faire place à la ventilation, qui est l'unique contrat offert par l'acquéreur aux créanciers inscrits; alors il n'y a plus un bloc d'immeubles ni un prix unique, il y a des immeubles distincts et séparés, et des prix particuliers indiqués dans la ventilation; et tout cela est si bien distinct et séparé qu'on ne peut plus procéder à la distribution du prix total par une seule procédure d'ordre, et qu'il faut autant d'ordres partiels qu'il y a de prix particuliers ayant des catégories différentes de créanciers. La ventilation ordonnée par l'art. 2192 produit, à l'égard de tous les créanciers, le même effet que si les prix déclarés dans cette ventilation eussent été, dès l'origine, attribués à chacun des immeubles vendus. Et comme chaque créancier aura, aux termes de l'art. 2185 combiné avec l'art. 2192, le droit de les surenchérir dans les limites de son hypothèque, on est, par la force même des choses, amené à conclure que le créancier à hypothèque générale peut surenchérir l'un ou l'autre des immeubles vendus, puisque la loi donne à l'hypothèque générale, sur chacun des immeubles qui en sont affectés, les droits mêmes qui résulteraient d'autant d'hypothèques spéciales.

1362. Remarquons, pour compléter nos observations sur le cas prévu dans l'art. 2192, que non-seulement le créancier ne peut pas, selon l'expression de la loi, *être contraint,* mais encore qu'il n'*aurait pas le droit* d'étendre sa soumission ni sur le mobilier, ni sur d'autres immeubles que ceux qui sont hypothéqués à sa créance, et de surenchérir le prix total stipulé au contrat du nouveau propriétaire comme représentant l'ensemble des choses simultanément acquises. La surenchère étant une conséquence du droit de suite, le créancier ne saurait être admis à surenchérir des choses qui, comme les meubles, ne sont pas susceptibles d'être suivies par hypothèque, ou des immeubles qui, ne lui étant pas hypothéqués, ne sont pas affectés du droit de suite à son profit.

Toutefois, d'après la jurisprudence, il y a exception en faveur de celui au profit de qui un héritier aurait consenti une hypothèque sur un immeuble de la succession indivis entre lui et ses cohéritiers. Il a été décidé, dans ce cas, que si l'immeuble vient à être vendu par tous les cohéritiers à un tiers, le cohéritier auquel l'hypothèque a été donnée peut exercer son droit de surenchère sur la totalité du prix de vente, et non point seulement sur les portions de ce prix afférentes à son débiteur, alors que l'immeuble n'est pas susceptible d'un partage commode en nature (1). On peut dire à l'appui de la décision que la surenchère est instituée comme un moyen de faire porter le gage des créanciers au plus haut prix possible, et que, dans le cas particulier, le but de la loi ne serait pas atteint si la soumission devait se restreindre à une partie quand, les objets vendus n'étant pas susceptibles d'un partage com-

(1) Voy. Paris, 16 juill. 1834; Besançon, 5 mai 1855; Paris, 26 déc. 1873 (Dall., 35, 2, 56; 56, 2, 242; S.-V., 34, 2, 440; 56, 2, 45; 74, 2, 20; *J. Pal.*, 1855, t. II, p. 424; 1874, p. 196). Voy. cependant Paris, 3 mars 1820.

mode en nature, il y aurait lieu de liciter. Néanmoins, c'est une décision d'espèce qui ne tire pas à conséquence; et il faut s'en tenir au principe que la surenchère doit être restreinte aux seuls biens sur lesquels le créancier surenchérisseur est inscrit.

XI. — 1363. Il nous reste à dire maintenant quels sont les éléments du prix sur lesquels doit porter l'augmentation du dixième. Elle portera d'abord sur le prix même stipulé au contrat ou sur la valeur déclarée par le nouveau propriétaire. Mais le prix est tout ce qui, sous une dénomination quelconque, profite au vendeur : toute somme remise par l'acquéreur, soit qu'elle ait été payée directement au vendeur, soit qu'elle ait été déléguée à des créanciers, soit qu'elle ait été employée à payer une dépense qu'il aurait été tenu de faire, constitue le prix sur lequel devra porter l'augmentation du dixième (1). Nous n'excepterions pas même la somme que le nouveau propriétaire offrirait spontanément de payer aux créanciers en sus du prix stipulé dans son contrat. Cette somme supplémentaire profite au vendeur en ce qu'elle le libère d'autant vis-à-vis de ses créanciers; et quoi qu'en ait dit la Cour de Lyon (2), elle peut être considérée comme faisant partie du prix dans le sens qui vient d'être indiqué. Dans tous les cas, il serait étrange que le prix stipulé au contrat étant, par exemple, de 100 000 francs, et la somme spontanément offerte étant de 120 000 francs, on considérât comme suffisante la surenchère faite par un créancier qui, s'arrêtant pour le calcul du dixième en sus à la première de ces deux sommes, porterait sa soumission à 110 000 francs seulement.

1364. L'augmentation du dixième doit, en outre, être calculée sur les charges qui *font partie du prix* (3), c'est-à-dire celles qui sont imposées à l'acquéreur (4). Du reste, la circonstance que le nouveau propriétaire n'aurait pas distingué, dans ses notifications, les charges faisant partie du prix de celles qui n'en font pas partie, ne changerait rien à l'obligation du créancier surenchérisseur : dès que toutes les charges ont été indiquées dans les notifications, c'est à celui-ci à vérifier celles qui font partie du prix et à faire sa soumission en conséquence (5). Que si le nouveau propriétaire s'est dispensé, ainsi qu'il en a le droit, à notre avis (voy. *suprà*, n° 1312), d'évaluer les charges dans ses notifications, le créancier surenchérisseur, qui n'en doit pas moins les comprendre dans sa soumission de surenchère, se bornera à s'engager en termes généraux, sans déterminer aucune somme, à porter ou faire porter l'immeuble à un dixième en sus (6).

1365. Quant aux accessoires, dans lesquels nous rangeons les inté-

---

(1) Voy. Cass., 3 avr. 1815; Bordeaux, 4 mai 1833 (S.-V., 15, 1, 206; 33, 2, 507).
(2) Voy. Lyon, 7 janv. 1845 (S.-V., 45, 2, 556).
(3) Grenoble, 19 mai 1852 (*J. Pal.*, 1854, t. I, p. 479; S.-V., 52, 2, 654; Dall., 54, 2, 251).
(4) Voy. les arrêts déjà cités de la Cour de cassation du 3 avr. 1815 et de la Cour de Bordeaux du 4 mai 1833. — *Junge* : Cass., 25 mai 1811; Riom, 29 mars 1816; Paris, 19 mars 1836 (S.-V., 36, 2, 260).
(5) Voy. Cass., 2 nov. 1813.
(6) Voy. les arrêts déjà cités de Riom, 29 mars 1816, et de Cass., 3 avr. 1815.

rêts et les frais, il faut distinguer. En ce qui concerne les intérêts, nous avons démontré plus haut que le nouveau propriétaire ne les doit pas aux créanciers inscrits, si ce n'est à partir de l'expiration du délai accordé à ceux-ci pour la surenchère, et dès lors qu'il n'a pas à en parler dans ses notifications (*suprà*, n° 1319). En conséquence, le créancier surenchérisseur n'est pas tenu d'ajouter les intérêts au prix pour calculer sur le tout l'augmentation du dixième; et c'est un point admis par la jurisprudence (1). En ce qui concerne les frais, l'augmentation du dixième portera sur ceux que le contrat met à la charge de l'acquéreur, mais non sur ceux que l'acquéreur doit supporter de plein droit : les premiers seulement sont réputés faire partie du prix (2).

1366. La soumission relative au prix doit être faite par le créancier surenchérisseur sans aucune restriction ni réserve. L'offre serait incomplète ou insuffisante si elle n'était absolue et entière. Il est décidé en ce sens que la surenchère est nulle lorsque, tout en offrant le dixième en sus du prix de vente, le surenchérisseur se réserve d'être remboursé, sur ce prix, des frais par lui faits : sont exceptés toutefois le cas où il y a offre, en sus du dixième, d'une somme suffisante pour couvrir tous les frais occasionnés par la revente, et celui où la réserve n'a pas nécessairement pour effet d'altérer la soumission, ce qui est laissé à l'appréciation des tribunaux (3).

1367. Du reste, il n'est pas indispensable, pour la validité de la surenchère, que le chiffre du prix offert soit déterminé dans la réquisition. La déclaration par le créancier qu'il surenchérit pour le prix principal et le dixième en sus, outre les charges et le dixième en sus de ces charges, peut être tenue pour suffisante. A cet égard, les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation (4).

XII. — 1368. La réquisition de surenchère doit être notifiée; c'est encore une règle à laquelle est soumis l'exercice du droit de surenchérir. Mais à qui la notification doit-elle être faite? Le numéro premier de l'art. 2185 a signalé déjà le nouveau propriétaire : la surenchère impliquant le refus du prix offert aux créanciers, il était de toute nécessité qu'elle fût notifiée au nouveau propriétaire de qui l'offre du prix émane. Le numéro trois ajoute que la même signification sera faite, dans le même délai, au précédent propriétaire, débiteur principal : et ceci était nécessaire également, car le débiteur principal étant averti peut prendre des arrangements avec ses créanciers ou les désintéresser,

---

(1) Rouen, 4 juill. 1828, 17 nov. 1838; Riom, 22 août 1842; Paris, 20 déc. 1848; Besançon, 28 déc. 1848 (S.-V., 39, 2, 19; 42, 2, 458; 49, 2, 67; *J. Pal.*, 1849, t. I, p. 613; Dall., 50, 2, 52).

(2) Voy. là-dessus Amiens, 10 déc. 1822; Bordeaux, 14 déc. 1827; Pau, 25 juin 1833; Montpellier, 5 déc. 1835 (S.-V., 28, 2, 100; 33, 2, 644; 37, 2, 242. — *Junge* : Rej., 15 mai 1811, 26 févr. 1822, 26 mars 1844; Paris, 19 avr. 1843; Riom, 25 mai 1838 (S.-V., 44, 1, 313; 38, 2, 416; 43, 2, 297). Voy. aussi Bordeaux, 21 juill. 1857 (S.-V., 57, 2, 639).

(3) Voy. Montpellier, 25 janv. 1830; Rej., 4 févr. 1835; Douai, 20 mars 1851 (S.-V., 30, 2, 232; 35, 1, 506; *J. Pal.*, 1852, t. I, p. 198).

(4) Voy. Rej., 30 mai 1820, 21 nov. 1843 (Dall., 44, 1, 14; *J. Pal.*, 1843, t. II, p. 798; S.-V., 44, 1, 60). *Junge* : Pau, 16 févr. 1866 (Dall., 66, 2, 107).

et, en arrêtant ainsi la surenchère, prévenir une éviction qui le soumettrait à un recours en garantie. Les seules personnes, donc, auxquelles la réquisition de surenchère doive être notifiée sont le nouveau propriétaire, comme détenteur et engagé par ses offres, et l'ancien propriétaire, comme débiteur principal.

Toutefois, si l'ancien propriétaire et le débiteur principal étaient deux personnes différentes, ce qui peut arriver, il serait conforme à l'esprit de la loi de faire la signification distinctement à l'un et à l'autre, puisqu'ils ont l'un et l'autre intérêt à être avertis de l'existence de la surenchère (1). Mais il ne faudrait pas aller au delà; et assurément on tiendrait pour frustratoires les significations faites soit aux créanciers inscrits, soit aux cautions du débiteur principal ou du nouveau propriétaire.

1369. Si le nouveau propriétaire tient l'immeuble de plusieurs vendeurs, ou si le contrat ou le titre qui a fait sortir l'immeuble des mains du débiteur principal a transmis la propriété à plusieurs personnes qui possèdent conjointement, la surenchère doit être notifiée à chacune d'elles distinctement et par copie séparée. Qu'il y ait solidarité ou non, que les copropriétaires se soient réunis pour faire des notifications collectives ou qu'ils aient procédé individuellement, peu importe; la dénonciation de la surenchère doit, dans tous les cas, être faite par copies séparées. La Cour de Rennes a jugé avec une exactitude parfaite que, dans le cas d'adjudication d'un immeuble prononcée au profit de plusieurs personnes conjointement, et alors même que les divers adjudicataires auraient constitué le même avoué, l'acte de réquisition de mise aux enchères de la part du surenchérisseur n'en doit pas moins leur être signifié en autant de copies qu'il y a d'adjudicataires, et qu'il en est ainsi alors même que les adjudicataires seraient des frères ayant le même domicile, qu'ils seraient obligés solidairement au payement du prix d'adjudication, et qu'ils auraient notifié leur titre par un seul et même acte (2).

1370. Que si les personnes auxquelles la surenchère doit être dénoncée ne jouissent pas de la capacité civile, la signification devra être faite aux mandataires légaux par lesquels les incapables sont représentés (3). C'est d'ailleurs au créancier surenchérisseur à s'enquérir de l'état des

---

(1) La loi belge du 16 déc. 1851 a modifié notre article en ce sens; d'après l'art. 115, la signification doit être faite « au précédent propriétaire ET au débiteur principal. » Voy. MM. Delebecque (p. 797, 398) et Martou (t. IV, p. 119).

(2) Voy. Rennes, 6 août 1849 (S.-V., 52, 2, 285; Dall., 51, 2, 136; *J. Pal.*, 1850, t. II, p. 97). — *Junge :* Cour de cass., 14 août 1813, 15 févr. 1815 et 15 mai 1844 (S.-V., 44, 1, 396).

(3) Voy. là-dessus Rej., 23 mars 1814; Cass., 15 mai 1837 (Dall., *Rec. alph.*, t. XI, p. 774, et *Rec. pér.*, 37, 1, 283; S.-V., 37, 1, 340). — Toutefois, en cas de décès de l'administrateur provisoire des biens du vendeur placé dans une maison d'aliénés, mais non interdit, la notification de la surenchère est irrégulièrement faite, soit collectivement aux héritiers de cet administrateur, qui n'ont pas qualité pour le remplacer, soit au domicile légal de l'aliéné, que l'auteur de la notification sait n'être plus habité par lui. La notification, pour être régulière, doit être faite à l'aliéné dans la maison où il réside. Rej., 13 mars 1865 (S.-V., 65, 1, 233; *J. Pal.*, 1865, p. 551; Dall., 65, 1, 123). *Comp.* Caen, 30 déc. 1857 (S.-V., 58, 2, 625; *J. Pal.*, 1858, p. 665).

personnes auxquelles il est tenu de faire la signification; et nous ne pensons pas même que s'il survient un changement d'état dans ces personnes, il y ait lieu à des notifications nouvelles ou additionnelles pour en avertir le créancier surenchérisseur; les art. 342 et suivants du Code de procédure ne nous paraissent pas susceptibles de recevoir ici leur application (1).

XIII. — 1371. Enfin, l'exercice de la faculté de surenchérir est soumis à une dernière règle. Le numéro cinq de l'art. 2185 dispose que le surenchérisseur offrira de donner caution jusqu'à concurrence du prix et des charges; et l'art. 832 du Code de procédure ajoute que l'acte de réquisition de mise aux enchères contiendra, *avec l'offre et l'indication* de la caution, assignation à trois jours devant le tribunal, pour la réception de cette caution, à laquelle il sera procédé comme en matière sommaire. Complétons l'état de la législation sur ce point en faisant remarquer qu'à la suite d'un arrêt par lequel la Cour de cassation, considérant comme absolue l'obligation de fournir caution, l'avait mise à la charge du Trésor public (2), il est intervenu, à la date du 21 février 1827, une loi qui a introduit une exception en disposant que, « dans le cas prévu par les art. 2185 du Code civil et 832 du Code de procédure, si la mise aux enchères est requise au nom de l'État, le Trésor sera dispensé d'offrir et de donner caution. » Ainsi, le Trésor excepté, tout créancier qui requiert une mise aux enchères doit, non pas seulement *offrir* de donner caution, comme l'avait dit l'art. 2185 du Code civil, mais, comme l'exprime l'art. 832 du Code de procédure, indiquer, c'est-à-dire désigner nominativement la caution dans l'acte de réquisition, et assigner à trois jours devant le tribunal, pour faire procéder à la réception de la caution.

En ceci, la loi se montre sagement prévoyante. Sans doute, la surenchère est un moyen, pour les créanciers, de se mettre à l'abri des fraudes ou même de l'impéritie dont ils pourraient être victimes de la part de leur débiteur; elle est ainsi l'un des éléments nécessaires à la sûreté des prêts hypothécaires : à ce titre, il a dû être dans la pensée de la loi d'en faciliter l'exercice. Mais, en définitive, la surenchère a pour effet de déposséder un acquéreur qui est entré en jouissance, qui a payé des frais, qui peut même avoir amélioré l'immeuble. D'une autre part, elle est compromettante pour les créanciers inscrits en ce qu'elle libère le détenteur, vis-à-vis d'eux, de l'obligation de les désintéresser jusqu'à concurrence de la somme par lui offerte. Il était donc important de rassurer ces intérêts menacés par le seul fait de la surenchère. C'est pour cela que la loi impose au surenchérisseur l'obligation de donner caution. Voyons maintenant quelle doit être l'étendue du cautionnement et quelles sont, au point de vue de la capacité et de la solvabilité, les conditions dans lesquelles la caution offerte doit se présenter.

---

(1) Voy. cependant Rej., 24 déc. 1833 (S.-V., 34, 1, 34; Dall., 34, 1, 161).
(2) Voy. Cass., 9 août 1826 (Dall., 26, 1, 445).

1372. Il s'agit d'un cautionnement indéfini; l'étendue en est donc réglée sur celle de l'obligation qui incombe au débiteur principal (C. civ., art. 2016). Mais ici on peut dire que la loi est allée au delà de la juste mesure, et que, toute favorable qu'elle soit à la surenchère qu'elle veut faciliter, elle en contrarie l'exercice par la difficulté qu'elle crée pour le surenchérisseur, qui rarement trouve une personne à laquelle il convienne de consentir un cautionnement aussi large. On l'avait compris à merveille dans les discussions dont le régime hypothécaire a été l'objet. En conséquence, dans le projet qu'elle soumettait, en 1849, à l'Assemblée législative, la commission proposait de réduire la caution à ce que le surenchérisseur devait promettre en sus du prix offert par le détenteur. Sans aller aussi loin, le conseil d'État avait pensé que ce serait assez, pour éviter les surenchères téméraires, d'obliger le surenchérisseur à donner une caution du quart (1).

Quoi qu'il en soit, l'art. 2185 ne précise pas; il établit donc un cautionnement indéfini, et dès lors, nous le répétons, il faut se régler par l'art. 2016 du Code civil, duquel il résulte que, dans le cas de cautionnement indéfini, la caution répond de tout ce qui pourrait être demandé au débiteur principal. Or le surenchérisseur, qui est ici le débiteur principal, a promis, comme on l'a vu plus haut (nos 1357 et suiv.), le prix stipulé au contrat du nouveau propriétaire ou déclaré par ce dernier, les charges (celles du moins qui ajoutent au prix et le complètent) et le dixième en sus sur le tout : donc la caution répond de tout cela, et, par conséquent, elle répond non-seulement du prix stipulé ou déclaré et des charges imposées à l'acquéreur, mais encore du dixième en sus (2).

1373. Quant aux conditions de capacité et de solvabilité dans lesquelles doit se présenter la caution offerte par le surenchérisseur, la règle est dans les art. 2018 et 2019 du Code civil. Ainsi il faut que la caution ait la capacité de *contracter* (3); c'est la première condition qu'impose l'art. 2018 : elle est de toute rigueur ici; ce que nous venons de dire de l'étendue des engagements qui pèsent sur la caution dispense de toute autre preuve.

---

(1) Voy. les Rapports de MM. de Vatimesnil (p. 98 et 209) et Bethmont (p. 122). La loi belge du 16 décembre 1851, qui modifie sur ce point la disposition de notre article, a admis la proportion indiquée dans le projet du conseil d'Etat. L'art. 115 dit, en effet, « que le requérant offrira de donner caution *personnelle ou hypothécaire jusqu'à concurrence de vingt-cinq pour cent* du prix et des charges, ou qu'ayant consigné une somme équivalente, il notifiera copie du certificat de consignation. » Voy. MM. Delebecque et Martou (*loc. cit.*).

(2) Cass., 10 mai 1820 (Dall., t. XI, p. 785), arrêt portant cassation d'un arrêt en sens contraire de la Cour de Rennes, du 9 mai 1818. — Le cautionnement ne s'étend pas néanmoins à l'indemnité qui peut être due à l'acquéreur à raison de la plus-value résultant des impenses qu'il a faites sur l'immeuble, cette indemnité ne devant pas être considérée comme une des charges de la vente. Rennes, 19 févr. 1863 (S.-V., 64, 2, 160; *J. Pal.*, 1864, p. 870).

(3) Jugé que la caution peut être fournie par une personne mariée, malgré l'éventualité de l'hypothèque légale qui pèse sur ses biens, s'ils ne sont pas actuellement grevés de reprises à exercer par la femme. Rouen, 19 mars 1870 (S.-V., 70, 2, 296; *J. Pal.*, 1870, p. 1150). — Voy. cependant Paris, 11 déc. 1834 (S.-V., 35, 2, 14).

1374. Il faut, en second lieu, que la caution ait son domicile dans le ressort de la Cour d'appel où elle doit être donnée : c'est une autre condition exigée par l'art. 2018 ; elle doit donc être remplie également dans notre cas particulier (1). Toutefois, il résulte de la jurisprudence que la caution non domiciliée dans le ressort peut néanmoins être reçue si son domicile est rapproché du tribunal où elle est donnée, lorsque d'ailleurs il y a élection de domicile dans le ressort (2).

1375. Il faut enfin que la caution ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation : c'est la troisième condition imposée par l'art. 2018, dont la disposition, à cet égard, est complétée par l'article suivant. Or, aux termes de l'art. 2019, « la solvabilité d'une caution ne s'estime qu'eu égard à ses propriétés foncières, excepté en matière de commerce, ou lorsque la dette est modique. On n'a point égard aux immeubles litigieux, ou dont la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situation. »

D'après cela, et ces dispositions étant applicables à la caution donnée dans le cas particulier dont nous nous occupons ici, nous concluons :

Que la solvabilité de la caution du surenchérisseur ne peut être établie par un dépôt de titres de créances hypothécaires, car la loi dit que la solvabilité de la caution ne s'estime qu'*eu égard à ses propriétés foncières* (3) ;

Que si les immeubles sont tellement éloignés que la discussion en devienne difficile, on n'y doit pas avoir égard : il n'est pas indispensable, néanmoins, que les biens offerts par la caution soient situés dans le ressort de la Cour d'appel où a lieu la surenchère, l'art. 2019 n'exigeant pas que les immeubles soient dans le ressort (4).

Que si les immeubles sont litigieux, on n'y aura pas égard davantage; et nous assimilons, sous ce rapport, aux immeubles litigieux ceux qui seraient tellement grevés d'hypothèques, qu'ils ne présenteraient pas une garantie suffisante (5) : mais nous n'en saurions dire autant des immeubles qui appartiendraient à la caution par indivis, la loi ne faisant aucune distinction entre les immeubles qui sont la propriété individuelle de la caution et ceux qu'elle possède en copropriété (6).

1376. D'ailleurs la solvabilité de la caution doit être notoire ; elle

---

(1) Voy. Riom, 9 avr. 1810 ; Amiens, 10 janv. 1840 ; Cass., 22 févr. 1853 ; Orléans, 5 août 1853 (S.-V., 41, 2, 550 ; 53, 1, 275, et 2, 503 ; *J. Pal.*, 1853, t. I, p. 447 ; 1854, t. I, p. 392 ; Dall., 53, 1, 51 ; 54, 2, 231). Voy. aussi MM. Petit (*Surench.*, p. 530) ; Aubry et Rau (t. II, p. 952 et note 76 ; 4e édit., t. III, p. 528, note 80).

(2) Voy. Angers, 14 mai 1819, arrêt rapporté par les Recueils avec celui de la Cour de cass. du 15 mai 1822 (Dall., t. XI, p. 778).

(3) Voy. Bordeaux, 30 août 1816 ; Rouen, 2 mai 1828 ; Bourges, 17 mars 1852 ; Rej., 29 août 1855 (S.-V., 53, 2, 385 ; 56, 1, 33 ; *J. Pal.*, 1856, t. I, p. 616 ; Dall., 55, 1, 369).

(4) Rej., 14 mars 1838 (S.-V., 38, 1, 416 ; Dall., 38, 1, 130 ; *J. Pal.*, 1838, t. I, p. 415).

(5) Voy. Paris, 20 mars 1833, 11 déc. 1834 ; Bourges, 7 mai 1845 (S.-V., 33, 2, 260 ; 35, 2, 14 ; 47, 2, 159 ; Dall., 47, 2, 46 ; J. *Pal.*, 1847, t. I, p. 467).

(6) Voy. Bordeaux, 27 nov. 1829 ; Paris, 12 avr. 1850 (S.-V., 30, 2, 56 ; Dall., 30, 2, 42 ; 50, 2, 205 ; *J. Pal.*, 1850, t. I, p. 365).

doit résulter de titres et n'avoir pas besoin d'être établie par enquête(1). Ceci a été contesté, mais ne peut plus être mis en question depuis que le nouvel art. 832 du Code de procédure a exigé *le dépôt au greffe des titres constatant la solvabilité de la caution.*

Mais on s'est demandé si les pièces justificatives de la solvabilité doivent être produites au greffe dans les trois jours fixés pour l'assignation devant le tribunal pour la réception de la caution (voy. n° 1371). Là-dessus, la jurisprudence a présenté quelques incertitudes (2). Toutefois il résulte de son dernier état que la solvabilité doit être établie par titres déposés *lors de la réquisition de mise aux enchères, ou tout au moins avant l'expiration du délai de quarante jours accordé aux créanciers pour surenchérir,* et que le surenchérisseur ne peut, après ce délai, être admis à faire de nouvelles productions pour compléter la justification (3).

1377. La caution exigée du surenchérisseur, bien qu'elle soit reçue en justice, est *légale* et non pas *judiciaire,* puisqu'elle est directement établie par la loi. C'était important à constater avant la loi du 22 juillet 1867 abolitive de la contrainte par corps. On décidait, en effet, que la disposition de l'art. 2040 n'était pas applicable, et dès lors qu'il n'était pas nécessaire que la caution fût contraignable, cette condition n'étant requise que pour la caution judiciaire (4).

1378. Mais si l'art. 2040 n'est pas applicable, il y a lieu d'appliquer, au contraire, l'art. 2041, aux termes duquel celui qui ne peut pas trouver une caution est reçu à donner à la place un gage en nantissement suffisant. Ce point, admis déjà par la jurisprudence avant la loi du 2 juin 1841, modificative des dispositions du Code de procédure sur les ventes judiciaires d'immeubles (5), est établi aujourd'hui par cette loi même, qui, se référant à l'art. 2041, dispose que, dans le cas où le surenchérisseur *donnerait un nantissement en argent ou en rentes sur l'État, à défaut de caution,* il fera notifier avec son assignation copie de l'acte constatant la réalisation de ce nantissement (C. proc. art. 832). Ainsi le surenchérisseur peut, au lieu de fournir caution, donner un grge mobilier; il peut aussi faire le versement d'une somme d'argent, à

---

(1) Bordeaux, 30 mai 1816; Rouen, 2 mai 1828 (Dall., t. XI, p. 748; S.-V., 30, 2, 75).

(2) Voy. Cass., 31 mai 1831, 6 nov. 1843; Bordeaux, 7 avr. 1834; Paris, 6 avr. 1835, 28 déc. 1843; Rouen, 2 déc. 1844 et 5 mars 1852; Douai, 20 mars 1851; Bourges, 2 avr. 1852; Limoges, 18 mai 1854 (S.-V., 34, 2, 358; 35, 2, 423; 43, 1, 867; 45, 2, 335; 51, 2, 481; 53, 2, 422 et 385; 54, 2, 521).

(3) Voy. l'arrêt de rejet du 29 août 1855, déjà cité à la première note du numéro précédent. — *Junge* l'arrêt de Cass. du 17 août 1869, lequel décide que la preuve de la solvabilité est une condition substantielle dont l'inaccomplissement entraîne la nullité de la surenchère, sans que ce vice puisse être ultérieurement couvert par une constatation complémentaire de la solvabilité ou un supplément de nantissement (Dall., 69, 1, 464; *J. Pal.*, 1869, p. 1046; S.-V., 69, 1, 396). — Voy. cependant MM. Aubry et Rau (t. II, p. 953 et note 80; 4e édit., t. III, p. 529, note 83), et l'arrêt déjà cité de la Cour de Pau, du 16 févr. 1866 (Dall., 66, 2, 107).

(4) Voy. Rennes, 9 mai 1810; Bordeaux, 20 août 1831 (Dall., 33, 2, 80).

(5) Voy. les arrêts de la Cour de cass. des 3 avr. 1832, 13 janv. 1834 et 14 mars 1838.

la condition toutefois que le dépôt en soit effectué à la Caisse des consignations, car partout ailleurs, et même entre les mains du greffier du tribunal, le dépôt ne serait pas admis comme suppléant au cautionnement (1). Mais l'art. 832 du Code de procédure se restreint, par ses termes mêmes, au nantissement en argent ou en rentes sur l'Etat ; donc le surenchérisseur ne pourrait pas remplacer la caution par une hypothèque sur ses biens (2).

1378 *bis*. Au surplus, notons que si la caution fournie par le surenchérisseur ou le nantissement qui en tient lieu doit garantir toutes les obligations résultant du fait de la surenchère, il est naturel que le cautionnement ou le nantissement puisse être retiré dès que ces obligations ont pris fin. La Cour de cassation décide, en ce sens, que le créancier surenchérisseur se trouve dégagé de son obligation et de son cautionnement par cela seul que, l'immeuble étant exposé aux enchères, son offre a été couverte par une autre enchère, et cela alors même que, concourant aux enchères, il serait en définitive déclaré adjudicataire ; et qu'à bon droit, dès lors, le jugement d'adjudication ordonne, en pareil cas, qu'il sera fait restitution au surenchérisseur du nantissement par lui déposé (3). C'est l'exacte observation de l'art. 705 du Code de procédure, lequel déclaré applicable par l'art. 838 au cas de surenchère, dit expressément, § 2, que « l'enchérisseur cesse d'être obligé si son enchère est couverte par une autre, lors même que cette dernière serait déclarée nulle. » Il n'y aurait aucun doute dans le cas où l'adjudication serait tranchée en faveur du nouvel enchérisseur ; car le surenchérisseur cessant alors d'être obligé, les créanciers ne sauraient prétendre aux garanties qu'il n'avait dû leur fournir qu'en cette qualité. Le doute n'est pas possible non plus dans le cas, résolu par l'arrêt de la Cour de cassation, où c'est le surenchérisseur lui-même qui, concourant aux enchères, est resté adjudicataire en définitive. En effet, ce n'est plus comme surenchérisseur qu'il agit alors, la surenchère ayant pris fin d'après les dispositions précitées du Code de procédure. Adjudicataire en vertu d'une nouvelle mise à prix, il a contracté une nouvelle obligation qui, comme le dit la Cour de cassation, « n'est soumise qu'aux garanties communes à tout autre enchérisseur et à laquelle son cautionnement de surenchère demeure étranger. »

XIV. — 1379. Nous avons suivi dans tous leurs détails les règles et

---

(1) Voy. Pau, 11 août 1852 (*J. Pal.*, 1853, t. II, p. 597 ; S.-V., 53, 2, 249 ; Dall., 53, 2, 71). — Voy. cependant l'arrêt déjà cité de la Cour de Bourges, du 17 mars 1852.

(2) Voy., Bourges, 15 juill. 1826 ; Paris, 26 févr. 1829, 5 mars 1831, 11 mars 1844 ; Rej., 16 juill. 1845 (S.-V., 27, 2, 61 ; 29, 2, 121 ; 31, 2, 268 ; 45, 2, 19, et 1, 217 ; *J. Pal.*, 1845, t. II, p. 726). — *Junge*. Paris, 23 juill. 1861 ; Chambéry, 25 nov. 1863 ; Bordeaux, 22 juin 1863 ; Req., 4 janv. 1865 (*J. Pal.*, 1861, p. 1008 ; 1864, p. 738 et 762 ; 1865, p. 414 ; S.-V., 64, 2, 142 et 143 ; 65, 1, 179 ; Dall., 65, 1, 172) ; et MM. Chauveau (quest. 2482) ; Aubry et Rau (t. II, p. 953 et 954 ; 4e édit., t. III, p. 529, 530). — Voy. cependant Rouen, 4 juill. 1829 (Dall., 29, 2, 180). On a vu plus haut, à la note du n° 1372, que la loi belge du 16 décembre 1851 dispose dans le sens de ce dernier arrêt.

(3) Rej., 2 août 1870 (*J. Pal.*, 1871, p. 24 ; S.-V., 71, 1, 17 ; Dall., 70, 1, 344).

les conditions auxquelles est soumis le créancier inscrit qui veut user de son droit de surenchérir. Il nous reste maintenant à rappeler que toutes ces règles sont prescrites à peine de nullité par la disposition finale de l'art. 2185. Ainsi, il n'y a pas à distinguer ici, comme pour les notifications émanant du nouveau propriétaire, au sujet desquelles aucune sanction n'est établie par la loi (*suprà,* n° 1322), entre ce qui serait substantiel et ce qui ne serait que secondaire. Le législateur tient toutes les règles de l'art. 2185 comme également nécessaires ; il suffit qu'une seule, quelle qu'elle soit, n'ait pas été observée, pour que la réquisition de surenchère soit frappée de nullité. Seulement, il ne faudrait pas, en exagérant cette sanction déjà fort rigoureuse, assimiler une erreur ou une insuffisance de détail à une omission absolue. La jurisprudence décide donc, avec raison, que le créancier inscrit qui, dans sa soumission de porter ou faire porter le prix du nouveau propriétaire ou la somme offerte par ce dernier à un dixième en sus, ne précise aucun chiffre ou en précise un d'une manière inexacte, n'en fait pas moins une réquisition valable de surenchère, sauf à compléter, s'il y a lieu, ou à rectifier (1). En effet, la nullité prononcée par la loi est la peine d'une inobservation complète des règles, ou d'une omission susceptible de nuire aux parties intéressées ; l'appliquer pour de simples irrégularités quand elles n'ont en elles rien de préjudiciable, ce serait exagérer et méconnaître la pensée de la loi.

1380. Mais il importe de remarquer que lorque la surenchère est viciée par l'inobservation des règles, il n'en est pas de la nullité qui l'affecte comme de la nullité des notifications dont nous parlons dans le commentaire de l'art. 2183. Celle-ci, comme nous l'avons dit au n° 1323, est toute relative, en ce que, seuls, les créanciers vis-à-vis desquels elle aurait été commise peuvent l'opposer. Au contraire, la nullité dont la surenchère serait entachée est absolue. D'une part, elle peut être invoquée par toutes les parties intéressées à faire tomber la surenchère, et, par conséquent, soit par le nouveau propriétaire dont la surenchère résoudrait le contrat, soit par le précédent propriétaire, débiteur principal, ou leurs représentants, à raison des recours en garantie auxquels la résolution du contrat donnerait ouverture (2). D'une autre part, chacune des parties intéressées peut provoquer la nullité, quelle qu'en soit la cause, en vertu d'un droit propre et personnel, auquel les renonciations émanées d'une autre partie ne sauraient porter atteinte ; car, de même qu'une surenchère régulièrement formée est

(1) Rej., 30 mai 1820 et 21 nov. 1843; Paris, 1er déc. 1836 (Dall., *Rec. alph.*, t. XI, p. 773; S.-V., 37, 2, 354 ; 44, 1, 14). — Voy. cependant Paris, 7 févr. 1840 (S.-V., 40, 2, 135).

(2) Voy. Metz, 23 avr. 1823; Toulouse, 30 janv. 1834 et 3 janv. 1837; Cass., 15 mars 1837; Rouen, 25 janv. 1838; Rej., 30 janv. 1839; Paris, 28 déc. 1843; Caen, 29 févr. 1844 (Dall., *Rec. alph.*, t. IX, p. 180; S.-V., 34, 2, 241; 37, 1, 340; 38, 2, 389 et 508; 39, 1, 96; 44, 2, 209; *J. Pal.*, 1839, t. I, p. 291; 1844, t. II, p. 308). — Voy. cependant Paris, 20 mars 1833 (S.-V., 33, 2, 260), arrêt cassé par celui de la Cour de cassation, ci-dessus cité, du 15 mars 1837.

valable vis-à-vis de tous et profite à tous, de même la surenchère irrégulière et nulle reste complétement inefficace et ne peut se soutenir vis-à-vis de personne (1).

XV. — 1381. Arrivons aux suites de la réquisition de mise aux enchères en tant que cette réquisition a été utilement et régulièrement formée. La conséquence de la réquisition, c'est la revente en justice des biens surenchéris. A cet égard, l'art. 2187 dispose qu'en cas de revente sur enchères, elle aura lieu suivant les formes établies pour les expropriations forcées, à la diligence soit du créancier qui l'aura requise, soit du nouveau propriétaire ; et que le poursuivant énoncera dans les affiches le prix stipulé dans le contrat, ou déclaré, et la somme en sus à laquelle le créancier s'est obligé de le porter ou faire porter. La loi règle ici la forme de la revente et l'action de ceux à la diligence de qui la revente peut être poursuivie.

1382. En ce qui concerne la forme, nous n'avons pas à y insister, si ce n'est pour dire qu'elle est réglée aujourd'hui d'une manière toute spéciale par le Code de procédure. Avant les lois des 2 juin 1841 et 21 mai 1858, les formes étaient, sauf quelques différences légères, les mêmes qu'en matière de vente après saisie immobilière. Depuis ces lois, elles sont précisées et détaillées par le Code de procédure dans les art. 836, 837 et 838, auxquels il nous suffit ici de nous référer. Passons donc à l'action ou à la poursuite.

1383. Lorsque la mise aux enchères a été régulièrement requise par l'un des créanciers inscrits, la revente peut être poursuivie soit par ce créancier, puisqu'il a pris l'initiative, soit par le nouveau propriétaire, puisqu'il a intérêt à sortir de l'état d'incertitude dans lequel il est placé par la surenchère, soit enfin par tout créancier inscrit autre que le surenchérisseur, car la surenchère étant faite dans un intérêt commun, chaque créancier doit être admis à se faire subroger dans la poursuite si celui qui en a pris l'initiative s'abstient, par négligence ou autrement, d'agir pour qu'elle suive son cours. Cela résulte virtuellement de l'art. 2187, où il est dit que la *revente* aura lieu à la diligence soit du *créancier qui l'aura requise,* soit du *nouveau propriétaire*. Mais c'est formellement exprimé par le Code de procédure dans l'art. 833, revisé par la loi du 2 juin 1841, lequel article, réglant la subrogation dont nous venons de parler, dispose « que lorqu'une surenchère aura été notifiée avec assignation dans les termes de l'art. 832, chacun des créanciers inscrits aura le droit de se faire subroger à la poursuite, si le surenchérisseur ou le nouveau propriétaire ne donne pas suite à l'action dans le mois de la surenchère ;... et que le même droit de subrogation reste ouvert au profit des créanciers inscrits lorsque, dans le cours de la procédure, il y a collusion, fraude ou négligence de la part du poursuivant... »

XVI. — 1384. Au surplus, la réquisition de mise aux enchères par

(1) Voy. Rej., 8 mars 1809; Paris, 19 août 1807, 19 août 1809; Bourges, 13 août 1829; Orléans, 15 janv. 1833; Bordeaux, 10 mai 1842 (Dall., *Rec. alph.*, t. XI, p. 771; S.-V., 30, 2, 201; 33, 2, 570; 42, 2, 413).

l'un des créanciers inscrits profite à tous ; il n'appartient plus à celui qui l'a faite de la rétracter ou de s'en désister. Il faut que la réquisition suive son cours, et rien ne peut l'empêcher d'aboutir à une adjudication publique, à moins que tous les créanciers inscrits ne consentent *expressément* à ce que la poursuite demeure arrêtée. C'est la disposition formelle de l'art. 2190.

Ainsi, vainement le créancier de qui la réquisition émane se prévaudrait de ce qu'il a été personnellement désintéressé par le nouveau propriétaire, et soutiendrait qu'en l'état il n'a plus de motif pour continuer ses poursuites. La réponse est qu'en requérant la revente, il a procédé dans l'intérêt commun, non pas seulement pour lui, mais pour les autres créanciers qui en réalité l'ont accepté pour mandataire, et qui peuvent s'être abstenus de poursuivre, parce qu'il avait pris l'initiative des poursuites (1).

Vainement encore offrirait-il de payer aux créanciers inscrits la somme à laquelle il a promis de porter ou de faire porter le prix offet par le nouveau propriétaire. L'art. 2190 dit positivement que cela même ne suffirait pas pour autoriser le requérant à se désister de la poursuite ; et cela devait être, puisque la somme à laquelle le surenchérisseur s'est engagé à faire monter l'immeuble doit servir de première mise aux enchères, en sorte que, cette première mise aux enchères pouvant être couverte et dépassée, les créanciers ont intérêt à ne pas l'accepter dès à présent, en vue d'une adjudication qui assurément ne leur donnera pas moins et qui pourra fort bien leur donner davantage.

Le consentement des créanciers inscrits est donc nécessaire pour que la réquisition ne suive pas son cours et n'aboutisse pas à une adjudication publique (2). Encore même faut-il que le consentement soit donné en *termes exprès,* et qu'il émane de *tous* les créanciers hypothécaires. C'est la condition de l'art. 2190 ; d'où suit que si le consentement d'un seul faisait défaut, le droit de requérir les poursuites et de les continuer jusqu'au bout serait maintenu au profit de chacun, quels que fussent son rang et la quotité de sa créance, et le délai fixé pour la surenchère fût-il expiré (3).

1385. Mais la loi veut le consentement des créanciers seulement. Celui du nouveau propriétaire n'est donc pas nécessaire au surenché-

---

(1) Voy. Rouen, 23 mars 1820 ; Grenoble, 11 juin 1825 ; Limoges, 11 juill. 1833 (Dall., *Rec. alph.*, t. XI, p. 183 ; S.-V., 26, 2, 226 ; 33, 2, 654). Il a été jugé que la surenchère formée par un créancier hypothécaire après les offres réelles à lui faites par l'acquéreur du montant de sa créance et la consignation de la somme offerte, mais avant toute acceptation ou tout jugement qui prononce la validité des offres, doit recevoir son effet au profit des autres créanciers, alors même que les offres seraient ultérieurement déclarées valables : le jugement de validité est inopposable à ces créanciers, auxquels la surenchère est définitivement acquise par cela seul qu'elle a été valablement formée. Req., 18 janv. 1860 (S.-V., 60, 1, 225 ; Dall., 60, 1, 172 ; *J. Pal.*, 1860, p. 567).

(2) Du reste, le consentement interviendrait utilement même après le jugement de réception de caution. Voy. Alger, 7 nov. 1853 (*J. Pal.*, 1853, t. II, p. 585 ; S.-V., 54, 2, 570) ; Req., 24 avr. 1855 (S.-V., 57, 1, 137 ; *J. Pal.*, 1857, p. 828 ; Dall., 55, 1, 202).

(3) Voy. Rej., 9 avr. 1839 (S.-V., 39, 1, 276 ; Dall., 39, 1, 154).

risseur qui veut se désister. Le contraire a été soutenu pourtant devant le Cour d'Alger et ensuite devant la Cour de cassation ; mais la prétention a été rejetée par des considérations décisives. La réquisition de mise aux enchères, a dit notamment la Cour de cassation, n'est qu'une offre qui peut être dépassée au jour de l'adjudication qu'elle provoque, et dont le sort n'est fixé que par le résultat de cette adjudication. Jusque-là, le titre de l'acquéreur n'est que menacé. Si cette menace d'éviction peut délier celui-ci de l'obligation de payer son prix, il n'en demeure pas moins investi de la propriété de l'immeuble qu'il a acheté. A la différence des créanciers hypothécaires, pour lesquels la réquisition de mise aux enchères est l'exercice d'un droit qui leur est commun avec le surenchérisseur, l'acquéreur contre lequel elle est dirigée en est le premier adversaire. Si donc le surenchérisseur ne peut se désister de son offre sans le consentement des créanciers hypothécaires, c'est que ce désistement porte atteinte au droit qui leur est acquis, non-seulement au montant de cette offre, mais encore aux éventualités d'une nouvelle adjudication, et peut devenir une cause de diminution du gage commun. Mais l'acquéreur, au contraire, n'ayant rien à perdre à ce désistement, qui rend à son titre menacé par la surenchère la force et l'autorité qu'il était exposé à perdre, son consentement n'est pas nécessaire à la validité de ce désistement et n'a pas été exigé par la loi (1).

1386. Et ajoutons, quant aux créanciers eux-mêmes, qu'il est telle circonstance exceptionnelle où leur consentement ne serait pas nécessaire, et où le surenchérisseur pourrait, par sa seule volonté, s'abstenir de donner cours à sa réquisition de mise aux enchères. Tel serait le cas signalé par Pothier dans son Introduction à la Coutume d'Orléans, titre *Des Criées,* lorsqu'il dit que l'enchérisseur est déchargé de son enchère, sans qu'elle ait été couverte, quand la chose qu'il a enchérie vient à périr avant d'être adjugée. L'enchère n'étant qu'une obligation d'acheter ou faire acheter la chose, l'obligation cesse quand, sans le fait ni la faute de l'obligé, elle cesse de pouvoir être accomplie, ce qui est le cas de l'espèce, puisqu'il n'est pas possible d'acheter ce qui n'existe plus (2). Tel serait encore le cas, plus fréquent, où la surenchère étant faite en dehors des règles prescrites par la loi, elle serait entachée de nullité. Ainsi a jugé la Cour d'Agen, en se fondant avec raison sur ce que la surenchère, dès qu'elle est nulle, ne peut servir de fondement à des poursuites pour parvenir à une adjudication régulière, et qu'ainsi le désistement de cette surenchère ne pouvant préjudicier aux créanciers, ceux-ci n'ont aucunement à consentir ni à s'opposer (3).

1386 *bis.* En serait-il de même dans le cas où la surenchère est simplement projetée? La question nous est suggérée par un arrêt récent de la chambre criminelle qui, en prononçant la cassation d'un arrêt de la Cour de Chambéry, a considéré comme tombant sous l'application de

---

(1) Voy. l'arrêt déjà cité du 24 avr. 1855.
(2) Voy. Pothier (*Intr. à la Cout. d'Orléans*, tit. 21, nº 92).
(3) Voy. Agen, 17 août 1816. — *Junge* les arrêts de la Cour de cass. des 22 prair. an 13 et 8 mars 1809.

l'art. 412 du Code pénal, qui punit l'entrave ou le trouble à la liberté des enchères, le fait par un adjudicataire ou par un nouveau possesseur d'avoir, après les notifications, mais avant toute réquisition de mise aux enchères, déterminé un créancier hypothécaire, moyennant une somme d'argent, outre le payement de la créance, à renoncer à une surenchère projetée et en vue de laquelle le cautionnement était déjà souscrit (1). La solution nous semble exacte au point de vue du droit pénal, et, dans les circonstances de la cause, la Cour de cassation a pu dire « que l'article 412 du Code pénal punit ceux qui, par dons ou promesses, écartent les enchérisseurs avant ou pendant les adjudications, et cette disposition doit même protéger toute adjudication qui, sans être actuellement fixée, sera la conséquence nécessaire de l'exercice d'un droit ouvert; qu'après une aliénation volontaire, l'accomplissement des formalités de la purge ouvre une procédure dont le but est de provoquer une revente publique dans l'intérêt des créanciers inscrits et afin que leur gage arrive à sa véritable valeur; que, dans une pareille procédure, la surenchère faite avec soumission de payer un dixième en sus du prix stipulé est une première enchère qui conduit à l'adjudication définitive, et qui, à défaut d'autre mise, rend adjudicataire celui qui l'a formée; que, dès lors, le fait d'écarter par dons ou promesses les surenchérisseurs et d'empêcher ainsi l'adjudication, tombe sous l'application de l'art. 412 du Code pénal. » Nous admettons également que le créancier qui s'abstient de surenchérir moyennant la remise à lui faite d'une somme d'argent peut être considéré comme s'étant rendu par là complice du délit (2).

Cependant, que conclure de là au point de vue du droit civil? Il sera permis, sans doute, d'en induire qu'il peut y avoir dans des faits de cette nature le principe d'une action en dommages-intérêts, en vertu de l'art. 1382 du Code civil (3). Et vainement dirait-on que tant qu'un créancier n'a pas fait une offre de surenchère régulière et valable il n'est lié par aucun engagement envers les autres créanciers, et reste, par conséquent, libre de recevoir le montant de sa créance ou de la céder au nouveau possesseur comme à tout autre. Cela n'est vrai qu'autant que le fait n'a pas d'autre mobile, pour le créancier, que l'intérêt légitime de recevoir ce qui lui est dû; le créancier peut dire alors que, pas plus que les autres créanciers, il n'est tenu de surenchérir, et qu'en recevant ou en cédant sa créance, il a fait ce qu'il avait le droit de faire. Cela cesse d'être vrai si, comme dans l'affaire jugée

(1) Voy. l'arrêt de la Cour de Chambéry du 12 août 1875 (S.-V., 76, 2, 46; *J. Pal.*, 1876, p. 222), et celui de la Cour de cass. du 18 déc. 1875 (*J. Pal.*, 1876, p. 318; S.-V., 76, 1, 143).

(2) Voy. là-dessus les arrêts de la Cour de cass. des 8 janv. et 14 août 1863, et de la Cour de Bordeaux, des 20 août et 18 nov. 1863 (S.-V., 63, 1, 277 et 551; 64, 2, 72; *J. Pal.*, 1863, p. 986; 1864, p. 159 et 534). *Junge*, en sens divers, MM. Carnot (article 412, nº 8); Rauter (t. II, p. 540 et 542); Chauveau et Hélie (nᵒˢ 2353 et suiv.); Blanche (t. V, nᵒˢ 317 et suiv.); Paul Bernard (*Rev. crit.*, t. XV, p. 141).

(3) *Comp.* Pau, 31 août 1827 et Cour de cass., 26 mars 1829. — Voy. cependant Req., 23 juill. 1866 (S.-V., 66, 1, 377; *J. Pal.*, 1866, p. 1041). Mais voy. les conclusions de M. l'avocat général Paul Fabre dans cette affaire.

par la chambre criminelle, un créancier inscrit, après avoir manifesté la volonté de surenchérir, s'abstient de le faire par suite d'un accord à prix d'argent avec le nouveau possesseur, et si, comme dans cette affaire encore, « la surenchère se trouve ainsi empêchée quand les autres créanciers, qui avaient pu s'attendre à la voir réalisée, n'étaient plus en mesure de la suppléer. » Ces créanciers subissent alors un préjudice réel dont il n'est pas possible de ne pas les reconnaître fondés à demander la réparation à ceux qui l'ont causé.

Mais on ne saurait aller au delà. Comme, en fait, il n'y a pas eu ici de réquisition de mise aux enchères, le fondement à des poursuites en vue d'une adjudication manque plus complétement encore que dans le cas où la surenchère est nulle. Et si les délais sont expirés, la surenchère n'est plus possible. Le fait par l'un des créanciers d'avoir pactisé avec le nouveau possesseur, même dans les conditions qui viennent d'être précisées, ne relève pas les autres de la déchéance encourue.

1387. Hors de ces cas, la réquisition de mise aux enchères doit aboutir à une adjudication publique ; et alors de deux choses l'une : ou l'adjudication est faite en faveur du nouveau propriétaire lui-même, qui se porte dernier enchérisseur, ou l'immeuble est adjugé à un tiers ; ce sont les deux hypothèses prévues et distinctement réglées par nos articles, et sur lesquelles il nous reste à nous expliquer.

XVII. — 1388. Lorsque c'est le nouveau propriétaire lui-même qui est déclaré adjudicataire comme dernier enchérieseur, l'adjudication ne le rend pas propriétaire ; elle ne fait que confirmer ou consolider son droit de propriété, lequel doit être considéré comme dérivant de son titre d'acquisition. L'art. 2189 dit, en conséquence, « que l'acquéreur ou le donataire (et, pour parler plus exactement, tout nouveau propriétaire, quel que soit son titre) qui conserve l'immeuble mis aux enchères en se rendant dernier enchérisseur, n'est pas tenu de faire transcrire le jugement d'adjudication. » Ici encore nous trouvons la confirmation d'une règle posée dans la législation de l'an 7, et en particulier dans l'art. 22 de la loi du 11 brumaire sur l'*expropriation forcée,* laquelle était le complément de la loi hypothécaire portée à la même date. Cet article exprimait, en effet, que « l'adjudication doit être transcrite, à la diligence de l'adjudicataire, sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques de la situation des biens, dans le mois de sa prononciation, et qu'il ne peut, avant l'accomplissement de cette formalité, se mettre en possession des biens adjugés... » Or dire ici, comme le fait l'art. 2189, que le nouveau propriétaire n'est pas tenu de faire transcrire le jugement d'adjudication quand c'est lui-même qui reste adjudicataire, c'est dire virtuellement que le jugement devra être transcrit, au contraire, si l'adjudication est faite en faveur de tout autre que le nouveau propriétaire ; c'est confirmer en ce point la disposition précitée de la loi de brumaire (1).

---

(1) *Comp.* Cass., 23 févr. 1857 et 7 mai 1860 (S.-V., 57, 1, 359 ; 60, 1, 507 ; *J. Pal.*, 1858, p. 471 ; 1860, p. 978 ; Dall., 60, 1, 231).

1389. Aussi regardons-nous cette disposition, avec plusieurs autres (voy. notamment l'art. 2180, *suprà,* n° 1252), comme une protestation contre l'idée, déjà combattue par nous à diverses reprises, que les rédacteurs du Code auraient entendu répudier les principes de la loi de brumaire sur la nécessité d'une transcription translative, et n'y saurions-nous voir l'incohérence et la disparate que les auteurs y ont généralement signalées. Elle serait étrange et inintelligible, sans doute, si en effet les rédacteurs du Code avaient voulu s'écarter de la loi de brumaire sur le point indiqué. Car à quoi bon alors parler de transcription? Et à quel titre la transcription aurait-elle été imposée même à l'adjudicataire autre que le nouveau propriétaire? Ce n'aurait pas pu être, assurément comme acte préliminaire de la purge, puisque la purge est accomplie et définitive après l'adjudication sur surenchère; ce n'aurait pas pu être davantage comme moyen de consolider la propriété au regard des tiers, puisqu'on part ici de la supposition que la transcription translative a été répudiée par les rédacteurs du Code. Il est donc vrai de dire qu'à ce point de vue, la disposition de l'art. 2189 ne serait pas explicable.

Mais replaçons-nous dans le système exposé dans le commentaire des art. 2106 et 2108; supposons que les rédacteurs du Code soient toujours sous l'empire d'une discussion antérieure, dans laquelle *ils avaient voté* ce fameux article du projet qui consacrait la nécessité de la transcription translative, et qui, bien que voté, ne se retrouve pas dans la rédaction définitive (*suprà,* n[os] 156 et suiv.), et l'art. 2189 s'explique à merveille; il n'est plus qu'une déduction du principe posé dans cette discussion. En confirmant virtuellement la loi de brumaire dans la disposition qui exigeait la transcription du jugement d'adjudication sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques, il réserve le cas où l'adjudication étant simplement déclarative d'un droit préexistant, la transcription en serait sans objet, puisqu'elle ne porterait à la connaissance du public que ce que lui a déjà fait connaître la transcription du contrat primitif, d'où dérive le droit du nouveau propriétaire. C'était là, sans doute, la signification de cet article; et ainsi entendue, la disposition, nous le répétons, est une protestation contre l'idée trop facilement admise par les auteurs, à savoir que le Code aurait écarté, au moins pour la consolidation de la propriété *au regard des tiers,* la nécessité de la transcription.

1390. Dans tous les cas, et à supposer que cette interprétation de l'art. 2189 ait pu être contestée, elle n'est plus contestable désormais; c'est, en effet, celle qu'elle reçoit de la loi du 23 mars 1855, qui est revenue au principe de la loi de brumaire par le rétablissement de la transcription translative. Ainsi, désormais tout jugement d'adjudication sur surenchère, lorsqu'un autre que le nouveau propriétaire sera demeuré dernier enchérisseur, devra être transcrit, en exécution de l'art. 1er de la loi de 1855, qui soumet à la transcription « tout jugement d'adjudication autre que celui rendu sur licitation au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant. » Mais si c'est le nouveau propriétaire

lui-même qui reste adjudicataire, il pourra se dispenser de transcrire, en vertu de l'art. 2189, auquel la loi sur la transcription n'est pas contraire, parce que l'adjudication, dans ce cas, n'est pas translative, et qu'en principe ce sont seulement les actes translatifs de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèque que vise cette loi. Peut-être pourrait-on désirer, dans cette dernière hypothèse, que l'adjudicataire fît mention, en marge de la transcription de son contrat primitif, du jugement d'adjudication par lequel son droit de propriété se trouve maintenu; et c'est en ce sens que disposaient les projets de réforme discutés en 1850 (1). Toutefois les art. 4 et 9 de la loi de 1855, dans lesquels est consacré le mode de publicité par mentions, l'appliquent aux jugements prononçant la résolution, la nullité ou la rescision d'un acte transcrit, et aux subrogations dans l'hypothèque légale des femmes; il ne paraît donc pas possible de l'étendre aux jugements d'adjudication qui, au lieu de résoudre ou d'annuler un acte transcrit, le confirment et le maintiennent.

1391. Mais si l'adjudication prononcée en faveur du nouveau propriétaire demeuré dernier enchérisseur maintient et confirme le droit de propriété dérivant du titre primitif d'acquisition, ce n'est qu'au prix de sacrifices auxquels le nouveau propriétaire n'était pas tenu d'après son titre. De là le recours ouvert par l'art. 2191, aux termes duquel « l'acquéreur qui se sera rendu adjudicataire aura son recours tel que de droit contre le vendeur, pour le remboursement de ce qui excède le prix stipulé par son titre, et pour l'intérêt de cet excédant à compter du jour de chaque payement. » En effet, l'acquéreur n'était tenu vis-à-vis de son vendeur que dans les termes et dans les conditions de son contrat d'acquisition, lequel, subsistant toujours avec toutes ses clauses, au moins vis-à-vis du vendeur lui-même, oblige celui-ci à en garantir et assurer la pleine et parfaite exécution. Si donc l'acquéreur ne peut, par l'effet de la surenchère, demeurer propriétaire qu'en payant une somme supérieure au prix stipulé avec son vendeur, il est conforme au croit et à la plus stricte équité que celui-ci lui rembourse la différence, et que, pour l'indemniser complétement, il lui paye tous les intérêts à dompter du jour où l'avance de l'excédant a été par lui faite. C'est la disposition de l'art. 2181, et le vendeur n'a pas à s'en plaindre, puisque en définitive l'excédant qu'il rembourse a été employé pour lui et a diminué d'autant sa dette envers ses créanciers.

1392. Du reste, bien que la loi statue dans l'hypothèse où le droit du nouveau propriétaire demeuré adjudicataire procède d'un contrat de vente, la disposition en doit être étendue au cas où le droit du nouveau propriétaire dériverait de tout autre contrat à titre onéreux.

1393. Mais supposons que l'aliénation qui a transmis l'immeuble au nouveau propriétaire ait eu lieu à titre gratuit : ici, il ne s'agira plus d'un recours en garantie proprement dit, puisque en principe le dona-

(1) Voy. l'art. 2186 tant du projet qui avait été adopté à la deuxième délibération que de celui qui avait été préparé pour la troisième.

teur ne doit pas au donataire la garantie du trouble éprouvé par celui-ci. Cependant le nouveau propriétaire ne sera pas privé nécessairement de tout recours dans ce cas ; il y a telles circonstances où, à défaut de l'action en garantie proprement dite, il pourra exercer l'action du gérant d'affaires. C'est lorsque les créanciers hypothécaires payés sur le prix de l'adjudication étaient les créanciers personnels du donateur : en payant ces créanciers, l'adjudicataire a fait l'affaire de son auteur, et il est juste qu'il puisse répéter contre celui-ci le montant des sommes payées à sa décharge. — Que si le prix d'adjudication a été employé par le donataire, resté adjudicataire, à payer des dettes dont le donateur était tenu hypothécairement et comme détenteur seulement, aucune répétition ne pourra être exercée contre celui-ci, car la somme payée n'a pas tourné à son profit : la dette payée est celle des propriétaires qui avaient transmis l'immeuble au donateur ; c'est contre ces propriétaires que le donataire resté dernier enchérisseur devra se retourner.

1394. Dans tous les cas, si l'adjudication sur surenchère a porté l'immeuble surenchéri à un prix tel que, tous les créanciers hypothécaires étant payés, il reste un excédant entre les mains de l'adjudicataire, cet excédant appartient à ce dernier. Les créanciers inscrits n'y peuvent pas prétendre, puisqu'ils sont complétement désintéressés. L'ancien propriétaire n'y peut pas prétendre davantage, puisqu'il n'est créancier que du prix stipulé au contrat fait avec son acquéreur, lequel contrat, comme nous venons de le dire, subsiste, vis-à-vis de lui, avec toutes ses clauses. Enfin les créanciers chirographaires de l'ancien propriétaire n'y sauraient prétendre non plus, puisqu'ils n'ont pas plus de droits que leur débiteur, et que, d'ailleurs, ils n'ont pas à se prévaloir d'une surenchère qui leur est absolument étrangère et qu'à défaut de qualité ils n'auraient pu requérir. L'excédant appartient donc à l'adjudicataire, qui, selon l'expression de la Cour de Bordeaux, le retient en déduction des dommages-intérêts qu'il est en droit de répéter contre son auteur (1).

XVIII. — 1395. Lorsque l'adjudication sur surenchère a lieu au profit d'un autre que le tiers détenteur qui a procédé à la purge, celui-ci cesse d'être propriétaire : il est évincé. Précisons, toutefois, qu'il n'y a aucune différence, quant aux effets, entre ce cas d'éviction et celui où le détenteur est dépossédé par suite d'une expropriation suivie contre lui-même ou contre le curateur au délaissement. Dans l'un et l'autre cas, l'éviction est une conséquence du droit hypothécaire ; elle n'est pas l'effet d'une cause inhérente au contrat. Aussi disons-nous encore, dans notre hypothèse actuelle, que si le prix de la revente est supérieur au montant de la dette hypothécaire inscrite, l'excédant appartient à l'acquéreur évincé à l'exclusion des créanciers de son auteur.

La solution est pourtant assez généralement contestée. La jurisprudence, notamment celle de la Cour de cassation, admet bien qu'il en

---

(1) Bordeaux, 27 févr. 1829 (S.-V., 29, 2, 325 ; Dall., 29, 2, 271).

doit être ainsi dans le cas d'expropriation forcée d'un immeuble contre le tiers détenteur qui n'a pas satisfait à la sommation de payer ou de délaisser (*suprà*, nº 1193); mais, à l'égard du prix de *revente sur surenchère,* elle décide, au contraire, que ce qui reste de ce prix après le payement des dettes inscrites appartient au vendeur primitif, ou à ses créanciers chirographaires, sans que l'acquéreur évincé puisse y prétendre aucun droit de propriété ou de préférence (1). La surenchère sur aliénation volontaire, dit-elle, « est une protestation contre le contrat d'aliénation, que les créanciers jugent n'avoir pas réalisé la valeur de leur gage, et qu'ils se refusent à ratifier; en formalisant une surenchère, les créanciers, loin de reconnaître la propriété du tiers détenteur, *s'attaquent directement au titre duquel elle dérive pour lui; leur action a pour but et doit avoir pour résultat nécessaire de le faire tomber et de lui substituer un nouveau contrat, qui fera passer sans intermédiaire la propriété des mains du débiteur entre les mains de l'adjudicataire.* » Ainsi, par cela même que le tiers acquéreur est investi par la loi de la faculté de purger, son acquisition se trouverait affectée d'une condition résolutoire; et si, à la suite de l'offre de son prix, il venait à être évincé par l'effet de la surenchère, son droit de propriété serait résolu tellement qu'il serait présumé n'avoir pas acquis! Assurément telle n'est pas, en droit, la vérité des choses. Le créancier, soit qu'il surenchérisse, soit qu'il saisisse l'immeuble entre les mains du tiers détenteur, faute par celui-ci de satisfaire à la sommation de payer ou de délaisser, ne fait pas autre chose qu'user de son droit de suite; et, pas plus dans un cas que dans l'autre, il ne songe à faire tomber le contrat d'aliénation qui a fait passer l'immeuble aux mains du tiers acquéreur. Aussi n'est-ce pas à ce contrat qu'il s'attaque, lorsque en réponse aux notifications il fait une surenchère : ce qu'il conteste alors, ce n'est ni le titre d'acquisition du tiers acquéreur, ni la transmission de propriété qui en est résultée, c'est l'offre du prix qui lui a été faite. A cela se réduisent, pour lui, l'intérêt et l'objet même du débat : c'est uniquement parce que l'offre lui a paru insuffisante que, sans toucher à la convention intervenue entre le tiers acquéreur et l'aliénateur primitif, et seulement pour obtenir de son gage un prix plus en rapport avec sa véritable valeur, il fait appel, au moyen de la surenchère, à une adjudication publique dont il attend ce résultat. Il s'agit donc uniquement ici de l'exercice du droit hypothécaire, exactement comme dans le cas où, faute par le tiers détenteur de purger, le créancier inscrit saisit et met en vente le gage. Et de même que, dans ce dernier cas, l'adjudication constitue une éviction simple et n'emporte pas une véritable résolution

(1) Voy. les arrêts cités en note sous le nº 1193. *Junge* les arrêts de la Cour de cass. des 12 nov. 1834, 28 mars 1843, 10 avr. 1848 (*J. Pal.*, 1843, t. I, p. 750; 1848, t. II, p. 303; (S.-V., 48, 1, 357); de Bordeaux, 37 févr. 1829 et 24 avr. 1845 (*J. Pal.*, 1846, t. I, p. 548), et de Montpellier, 21 nov. 1864 (*J. Pal.*, 1865, p. 212; S.-V., 65, 2, 30). — *Comp.* Alger, 23 oct. 1868 (*J. Pal.*, 1869, p. 599; S.-V., 69, 2, 140). — Voy. aussi MM. Bioche (vº Surench., nº 241); Grenier (t. II, nº 470); Troplong (nº 962); Petit (*Surench.*, p. 581); Dutruc (S.-V., 63, 1, 57, en note); Martou (t. IV, nº 1562).

ex tunc, de même, dans le premier, l'adjudication évince le tiers détenteur sans effacer son contrat d'acquisition ni le droit de propriété qui en est résulté. Dès lors, dans celui-ci comme dans celui-là, c'est à ce tiers détenteur qu'appartient ce qui, après le payement des créanciers inscrits, reste sur le prix de l'adjudication ou de la revente (1).

1395 *bis.* Par cela même, on décidera que l'acquéreur évincé par suite d'une surenchère n'est pas tenu de la restitution des fruits par lui perçus jusqu'au jour où l'adjudication est venue le déposséder. La solution est admise par la Cour de cassation dans un arrêt dont les motifs cependant paraissent maintenir à la revente sur surenchère les effets d'une véritable résolution *ex tunc* (2). En cela, la Cour a pu vouloir ne pas se mettre en opposition avec la thèse d'où d'autres arrêts ont induit la solution combattue au numéro précédent; mais elle a certainement méconnu les conséquences de son principe, puisque si l'adjudication sur surenchère emportait une véritable résolution du contrat d'acquisition originaire, il faudrait dire que le tiers détenteur évincé doit la restitution de la totalité des fruits (3). La vérité est que si, comme le décide l'arrêt, le tiers détenteur évincé n'a pas à restituer les fruits à l'adjudicataire, c'est précisément parce que son droit de propriété n'a pas été effacé rétroactivement par la revente sur surenchère. Sur ce point, comme sur le précédent, il n'y a pas de différence entre ce cas et celui où le créancier a procédé par la voie de la saisie, faute par le détenteur d'avoir recours à la purge. Le droit du créancier est le même dans les deux hypothèses, quoique la forme dans laquelle il est exercé soit différente. Or puisque l'adjudication, dans le cas de saisie, n'enlève pas au tiers détenteur la propriété des fruits par lui perçus jusqu'au jour où elle est prononcée (*suprà,* n°s 1210 et suiv.), la revente, dans le cas de surenchère, ne saurait conférer au nouveau propriétaire aucun droit aux fruits perçus par le tiers détenteur jusqu'au jour où il est dépossédé (4). — Mais si celui-ci ne doit pas la restitution à l'adjudicataire des fruits perçus jusqu'à l'adjudication, il doit au moins compte aux créanciers hypothécaires des intérêts de son prix, à partir du jour où la surenchère a été requise jusqu'au jour de l'adjudication (comp. *suprà,* n°s 1337 et 1319) (5).

1396. Reste à parler des recours et des indemnités auxquels a droit

---

(1) Voy., en ce sens, MM. Chauveau (*L. de la proc.*, quest. 2005 *novies*); Flandin (n° 575); Aubry et Rau (t. II, p. 958 et 959, notes 102 et 103; 4e édit., t. III, p. 535, notes 109 et 110); Labbé (*J. Pal.*, 1864, p. 469, à la note). *Comp.* M. Mourlon (*Trans.*, t. I, n° 85).

(2) Rej., 19 avr. 1865 (S.-V., 65, 1, 280; Dall., 05, 1, 208; *J. Pal.*, 1865, p. 661). *Junge :* Bordeaux, 13 mars 1863 (S.-V., 63, 2, 151; Dall., 63, 2, 106; *J. Pal.*, 1864, p. 71).

(3) Voy., en effet, l'arrêt déjà cité de la Cour de cass., du 10 avr. 1848. *Junge :* Agen, 21 janv. 1852, et Lyon, 27 déc. 1858 (S.-V., 52, 2, 618; 59, 2, 441; *J. Pal.*, 1760, p. 305).

(4) Voy. MM. Aubry et Rau (*loc. cit.*, p. 961, note 109; 4e édit., t. III, p. 537, note 112); Labbé (*Rev. crit.*, t. XIX, p. 298, et *J. Pal.*, 1864, p. 71, à la note).

(5) Voy. les auteurs cités à la note précédente. Ils placent le point de départ des intérêts au jour de la notification à fin de purge; mais voy., à cet égard, ce que nous disons plus haut (n°s 1319 et 1337).

le tiers détenteur évincé. Et d'abord, il peut recourir contre son auteur, en s'autorisant, à cet égard, de l'art. 2178 qui, bien qu'il statue pour le cas de délaissement par hypothèque, reçoit néanmoins ici son application (*suprà*, nos 1218, 1219). Mais ce n'est pas assez qu'il soit indemnisé, au moyen de ce recours, du dommage à lui causé par l'éviction; il doit être complétement indemne de toutes les avances qu'il a dû faire. C'est pourquoi l'art. 2188 dispose que « l'adjudicaire est tenu, au delà du prix de son adjudication, de restituer à l'acquéreur ou au donataire dépossédé les frais et loyaux coûts de son contrat, ceux de la transcription sur les registres du conservateur, ceux de notification et ceux faits par lui pour parvenir à la revente. »

Le remboursement de ces frais pourrait être demandé, non pas seulement par l'*acquéreur* ou le *donataire* dépossédé, comme le dit l'article 2188, mais par tout tiers détenteur évincé, quel que fût son titre. Ces frais sont remboursables par l'adjudicataire, et non par l'ancien propriétaire, parce qu'ils sont mis par la loi à la charge de l'acheteur (C. civ., art 1593). Ils doivent être payés par l'adjudicataire en sus du prix de son adjudication : s'ils étaient prélevés sur ce prix, il y aurait diminution du gage des créanciers; ceux-ci pourraient même perdre le bénéfice de la purge s'il ne se présentait pas d'enchérisseurs, puisque les frais alors atteindraient et absorberaient peut-être le dixième en sus qu'à tout événement la surenchère doit leur assurer.

1397. Le détenteur dépossédé devant rester complétement indemne, il en résulte qu'il a droit au remboursement des impenses et améliorations par lui faites sur l'immeuble, au moins jusqu'à concurrence de la plus-value. Cela est admis en doctrine et en jurisprudence (1). Mais l'art. 2188 ne met pas ce remboursement à la charge de l'adjudicataire : aussi ne saurions-nous admettre la solution de quelques arrêts qui condamnent l'adjudicataire à l'effectuer (2). Nous aimons mieux dire, avec d'autres arrêts et en nous référant, par analogie, au cas réglé par l'art. 2175 (*suprà*, nos 1205 et suiv.), que le remboursement est à la charge des créanciers qui profitent, en définitive, de l'amélioration, et que c'est avec eux, et lors de la distribution du prix, que le détenteur évincé devra faire déterminer le montant de la plus-value (3).

Nous réservons toutefois le cas où le tiers acquéreur aurait eu le soin

---

(1) Voy. Bordeaux, 14 déc. 1843; Orléans, 19 juill. 1843; Lyon, 25 janv. 1868; Limoges, 24 août 1869; Toulouse, 30 mai 1873 (S.-V., 44, 2, 330; 68, 2, 305; 70, 2, 1; 73, 2, 301; *J. Pal.*, 1843, t. II, p. 458; 1844, t. II, p. 463; 1868, p. 1137; 1870, p. 78; 1873, p. 1241). Voy. aussi MM. Grenier (t. II, n° 471; Troplong (t. IV, n° 962); Aubry et Rau (*loc. cit.*, et 4e édit., t. III, p. 538); Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. V, p. 267, note 10). *Comp.* l'arrêt de la Cour de Rennes du 19 févr. 1863 (cité *suprà*, n° 1372), d'après lequel la caution à fournir par le surenchérisseur ne répond pas de l'indemnité de plus-value qui peut être due à l'acquéreur dépossédé, et l'arrêt de la chambre des requêtes qui rejette le pourvoi dirigé contre celui de la Cour de Rennes. Req., 31 mai 1864 (S.-V., 70, 1, 305; *J. Pal.*, 1870, p. 777).

(2) Voy. notamment les arrêts des Cours de Bordeaux et de Limoges cités à la note précédente. Voy. aussi MM. Troplong et Grenier (*loc. cit.*).

(3) Voy. l'arrêt de la Cour d'Orléans cité à l'avant-dernière note. *Junge:* Paris, 26 déc. 1873 (S.-V., 74, 2, 20; *J. Pal.*, 1874, p. 196). — Voy. aussi MM. Massé et Vergé, sur Zachariæ (*loc. cit.*).

de faire insérer dans le cahier des charges une clause spéciale relativement au remboursement de la plus-value et imposant à l'adjudicataire éventuel l'obligation d'effectuer ce remboursement. Alors, en effet, le surenchérisseur qui se rendrait adjudicataire pourrait difficilement se soustraire à l'exécution d'un engagement que le cahier des charges lui fait connaître, comme à tous ceux qui viennent concourir aux enchères, et qu'il a virtuellement accepté en prenant part à ces enchères (1).

XIX. — 1397 *bis*. La loi du 10 décembre 1874, après avoir déterminé, par les art. 19 et 20 correspondant aux art. 2183 et 2184 du Code civil, les formalités à remplir par le tiers détenteur qui veut purger le navire des hypothèques dont il peut être grevé (voy. *suprà*, nº 1324 *bis*), règle, dans une série d'articles correspondant à ceux du Code civil dont nous venons de présenter le commentaire, les formes et les conditions imposées au créancier qui veut user de la faculté de surenchérir le prix offert par le tiers détenteur qui poursuit la purge.

A. Notons d'abord que le législateur vise uniquement le cas de *vente volontaire* du navire hypothéqué. « La réquisition de mise aux enchères, porte en effet l'art. 24 de la loi, n'est pas admise en cas de vente judiciaire. » La vente judiciaire, comme l'a exprimé le rapporteur de la loi, a pour effet de purger les hypothèques existant sur le navire, sauf l'exercice du droit de préférence sur le prix. Les formalités imposées par la loi, pour ces sortes de ventes, sont d'une telle nature que les créanciers auront presque toujours connu l'adjudication en temps utile et auront pu y concourir... On peut croire qu'à raison même de la nature périssable de leur gage, les créanciers suivront toujours le navire avec assez d'attention pour qu'un incident aussi grave qu'une saisie ne puisse pas leur échapper, et, en toute hypothèse, il leur restera leur action sur le prix, lequel, dans le plus grand nombre de cas, représentera la plus haute valeur qu'ils auraient pu retirer eux-mêmes de l'objet hypothéqué. — Néanmoins, la suppression de l'art. 24 a été demandée au cours de la discussion. M. Sebert faisait remarquer « que la vente judiciaire n'offre aucune garantie de plus grande élévation de prix que la vente volontaire. » Mais on a répondu par le précédent établi par l'art. 193 du Code de commerce. En matière de lettres de grosses affectées d'un privilége, a-t-on dit, l'art. 193 dispose que la vente judiciaire d'un navire purge tous les priviléges. A plus forte raison y a-t-il purge après la vente en justice d'un navire grevé seulement d'une hypothèque. Il n'y a pas lieu de surenchérir après la vente du navire. En effet, il y a eu saisie, un certain nombre de jours après le commandement; il y a ensuite les placards et les publications qui ne peuvent se faire que de huitaine en huitaine, et, si le navire est d'un certain tonnage, il faut qu'il y ait trois publications espacées chacune d'une huitaine. De telle façon qu'entre le jour où un navire a été saisi pour être vendu en justice et le jour où il a été adjugé, il s'écoule fata-

(1) *Comp.* MM. Aubry et Rau (*loc. cit.*).

lement un délai d'au moins un mois. Il est fort à croire que ceux qui, dans cet intervalle, n'ont pas été avertis ou ne se sont pas présentés pour apporter leurs enchères lors de l'adjudication définitive, ne se présenteraient pas lors d'une surenchère. Ces observations ont déterminé le maintien de l'art. 24. En conséquence, la faculté de surenchérir n'existe que dans le cas de purge sur aliénation volontaire.

B. Mais, dans ce cas, tout créancier qui croit ne devoir pas accepter le prix offert par le tiers détenteur, peut requérir la mise aux enchères du navire ou de portion du navire hypothéqué. Il le peut aux conditions déterminées par les art. 21 et 22 de la loi.

En premier lieu, le créancier qui requiert la mise aux enchères doit offrir de porter le prix à un dixième en sus et de donner caution pour le payement du prix et des charges (art. 21). Cette première condition a donné lieu à quelques discussions, en ce qui concerne l'obligation de fournir caution. Il a été proposé, non pas seulement de limiter le cautionnement, ce qui, à notre avis, eût été rationnel et juste (*suprà,* n° 1372), mais d'affranchir absolument le surenchérisseur de l'obligation de fournir caution. « Au premier aspect, disait M. Rameau à l'appui de sa proposition, on s'étonnera peut-être d'une surenchère sans cautionnement... Mais il en est ainsi pour la surenchère en matière de vente judiciaire, et pour la surenchère en matière de vente des biens de faillis, d'après l'art. 573 du Code de commerce. Ces deux genres de surenchères ne sont pas accompagnées de cautionnement. Il est vrai que la surenchère qui se rapproche le plus de celle qui est en discussion, la surenchère pour aliénation volontaire d'immeubles, est accompagnée de cautionnement; mais ce cautionnement n'a jamais été qu'un obstacle... Il semble être une garantie qu'apporte le surenchérisseur dans un contrat intervenu entre deux personnes qui ont stipulé la vente d'un immeuble à un prix déterminé. Mais pour que la surenchère s'exerce, il faut qu'il y ait un créancier inscrit sur l'immeuble, et c'est là une première garantie, un créancier inscrit qui vient dire : Je trouve qu'on a vendu l'immeuble un prix inférieur à sa valeur, et je prends l'engagement de le faire vendre un prix supérieur de 10 pour 100. Cet engagement est pris dans l'intérêt du créancier lui-même, dans celui du débiteur et dans celui de tous les créanciers. Mais ces considérations n'ont pas prévalu. La commission a fait remarquer que s'il est intéressant de faire porter le prix à la véritable valeur de la chose vendue, il y a un autre intérêt qu'il ne faut pas perdre de vue : c'est la nécessité de ne pas porter légèrement atteinte à un contrat primitivement formé. Or, du jour où le navire est adjugé, il s'est formé un contrat entre le vendeur ou ses créanciers et l'adjudicataire. Il ne faut pas porter trop témérairement et aisément la main sur un contrat dès lors complet. C'est la raison qui a déterminé de tout temps le législateur à n'admettre la surenchère du dixième qu'en fournissant un cautionnement. Si le cautionnement est supprimé, on s'expose à ce qu'un créancier, ne venant pas en ordre utile pour être payé sur le prix de la première vente,

se laisse entraîner à l'aventure d'une surenchère téméraire par le désir ou le mirage que sa surenchère sera couverte, et, s'il n'est pas obligé d'avoir à côté de lui quelqu'un que son défaut absolu d'intérêt dans l'affaire préserve de toute illusion, on a à craindre que ce créancier surenchérisseur ne se laisse facilement tromper par ses désirs et ses espérances en les prenant pour des réalités. » L'amendement a été rejeté par ces motifs : l'offre de donner caution pour le payement du prix et des charges reste, comme dans le droit commun, la première des conditions à remplir par le créancier qui requiert la mise aux enchères du navire ou d'une portion du navire hypothéqué.

En second lieu, la réquisition doit être signée du créancier et signifiée à l'acquéreur *dans les dix jours des notifications* (art. 22). La loi spéciale abrége notablement le délai qui, dans le droit commun, est fixé, par l'art. 2185, à quarante jours avec augmentation à raison des distances. En ce point encore, un amendement était proposé. M. Sebert demandait la substitution du délai de trente jours à celui de dix, qui lui paraissait insuffisant pour permettre au créancier de former une surenchère. Ce bref délai s'expliquerait en matière d'expropriation forcée, parce que les créanciers sont appelés à la vente. Dans les ventes volontaires et même dans les ventes judiciaires, qui sont entourées d'une publicité moins grande, il est illusoire. Le créancier peut n'avoir pas connu la vente. On lui fera les notifications sans doute ; mais si, par une circonstance quelconque, une absence ou toute autre cause, la notification ne lui parvient pas immédiatement, il se trouvera, à raison de la brièveté du délai, fatalement privé de ce droit de surenchérir que la loi veut lui réserver. Mais il a paru qu'il y avait une nécessité de premier ordre, en matière de vente de navires, à abréger les délais de procédure, et celui de dix jours proposé par la commission a été maintenu.

Enfin la réquisition doit contenir assignation devant le tribunal civil du lieu où se trouve le navire, ou, s'il est en cours de voyage, du lieu où il est immatriculé, pour voir ordonner qu'il sera procédé aux enchères requises (art. 22).

C. Telles sont les conditions imposées par la loi spéciale. Mais on remarquera que ni l'art. 21 ni l'art. 22 n'a formulé la sanction de nullité qui, en droit commun, est expressément édictée par l'art. 2185 du Code civil (*suprà*, n° 1379). Il est difficile pourtant de supposer que le législateur de 1874 n'a pas entendu mettre sous cette sanction de la nullité l'observation des conditions et des règles auxquelles il a soumis le créancier inscrit qui use de son droit de surenchérir (1). Seulement, appliquant ici la nullité avec le tempérament indiqué dans notre commentaire de l'art. 2185, nous répéterons que c'est là « la peine d'une inobservation complète des règles ou d'une omission susceptible de nuire aux parties intéressées, et que l'appliquer pour de

---

(1) Voy., en ce sens, M. T. Morel (*Op. cit.*, nos 196 et 197).

simples irrégularités quand elles n'ont en elles rien de préjudiciable, ce serait exagérer et méconnaître la pensée de la loi. » (*Loc. cit.*)

D. Lorsque la réquisition a été valablement faite et qu'il a été ordonné par le tribunal qu'il sera procédé aux enchères requises, la revente aux enchères doit avoir lieu à la diligence soit du créancier qui l'aura requise, soit de l'acquéreur, dans les formes établies pour les ventes sur saisie (art. 23). C'est aux formes ordinaires de la saisie du navire que la loi se réfère toutes les fois qu'il s'agit de poursuites à exercer par le créancier hypothécaire pour faire vendre son gage ou obtenir la distribution du prix. Toutefois, ses rédacteurs ont cru devoir introduire, dans la loi sur l'hypothèque maritime, une disposition qui touche à la procédure de distribution de prix. Aux termes de l'art. 25, « faute par les créanciers de s'être réglés entre eux à l'amiable, dans le délai de quinzaine, pour la distribution du prix offert par la notification ou produit par la surenchère, il y est procédé entre les créanciers privilégiés, hypothécaires et chirographaires. En cas de distribution du prix d'un navire hypothéqué, l'inscription vaut opposition au profit du créancier inscrit. Les créanciers auront un mois pour produire leurs titres, à compter de la sommation qui leur aura été adressée. » Pour que l'hypothèque maritime inspirât confiance et devînt une source de crédit, il fallait que le créancier fût à l'abri des surprises, et spécialement qu'il n'eût pas à redouter qu'après saisie par un tiers le prix du navire pût être distribué à son insu. C'est dans ce but que l'art. 25 donne à l'inscription l'effet d'une opposition sur le prix. Il devra donc être fait sommation aux créanciers de produire; et comme cette sommation notifiée au domicile élu peut tarder à parvenir aux créanciers et, d'ailleurs, les prendre à l'improviste, la loi, dérogeant à l'art. 213 du Code de commerce, leur donne pour produire le délai d'un mois fixé par l'art. 660 du Code de procédure. (Voy. le rapport de M. Grivart.)

2192. — Dans le cas où le titre du nouveau propriétaire comprendrait des immeubles et des meubles, ou plusieurs immeubles, les uns hypothéqués, les autres non hypothéqués, situés dans le même ou dans divers arrondissements de bureaux, aliénés pour un seul et même prix, ou pour des prix distincts et séparés, soumis ou non à la même exploitation, le prix de chaque immeuble frappé d'inscriptions particulières et séparées, sera déclaré dans la notification du nouveau propriétaire, par ventilation, s'il y a lieu, du prix total exprimé dans le titre.

Le créancier surenchérisseur ne pourra, en aucun cas, être contraint d'étendre sa soumission, ni sur le mobilier, ni sur d'autres immeubles que ceux qui sont hypothéqués à sa créance et situés dans le même arrondissement; sauf le recours du nouveau propriétaire contre ses auteurs, pour l'indemnité du dommage qu'il éprouverait soit de la division des objets de son acquisition, soit de celle des exploitations.

SOMMAIRE.

1398. Renvoi.

1398. L'explication de cet article est réunie, quant au premier paragraphe, au commentaire de l'art. 2183 (voy. *suprà,* n°s 1308-1311), et, quant au deuxième paragraphe, au commentaire de l'art. 2185 (voy. n°s 1357, 1359-1363). Nous pouvons donc, sans insister davantage, passer au commentaire des articles relatifs à la purge des hypothèques légales.

CHAPITRE IX

DU MODE DE PURGER LES HYPOTHÈQUES, QUAND IL N'EXISTE PAS D'INSCRIPTIONS SUR LES BIENS DES MARIS ET DES TUTEURS.

2193. — Pourront les acquéreurs d'immeubles appartenant à des maris ou à des tuteurs, lorsqu'il n'existera pas d'inscription sur lesdits immeubles à raison de la gestion du tuteur, ou des dot, reprises et conventions matrimoniales de la femme, purger les hypothèques qui existeraient sur les biens par eux acquis.

2194. — A cet effet, ils déposeront copie dûment collationnée du contrat translatif de propriété, au greffe du tribunal civil du lieu de la situation des biens, et ils certifieront par acte signifié, tant à la femme ou au subrogé tuteur, qu'au procureur de la république près le tribunal, le dépôt qu'ils auront fait. Extrait de ce contrat, contenant sa date, les noms, prénoms, professions et domiciles des contractants, la désignation de la nature et de la situation des biens, le prix et les autres charges de la vente, sera et restera affiché pendant deux mois, dans l'auditoire du tribunal; pendant lequel temps, les femmes, les maris, tuteurs, subrogés tuteurs, mineurs, interdits, parents ou amis, et le procureur de la république, seront reçus à requérir, s'il y a lieu, et à faire faire au bureau du conservateur des hypothèques, des inscriptions sur l'immeuble aliéné, qui auront le même effet que si elles avaient été prises le jour du contrat de mariage, ou le jour de l'entrée en gestion du tuteur; sans préjudice des poursuites qui pourraient avoir lieu contre les maris et les tuteurs, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, pour hypothèques par eux consenties au profit de tierces personnes sans leur avoir déclaré que les immeubles étaient déjà grevés d'hypothèques, en raison du mariage ou de la tutelle.

2195. — Si, dans le cours des deux mois de l'exposition du contrat, il n'a pas été fait d'inscription du chef des femmes, mineurs ou interdits, sur les immeubles vendus, ils passent à l'acquéreur sans aucune charge, à raison des dot, reprises et conventions matrimoniales de la femme, ou de la gestion du tuteur, et sauf le recours, s'il y a lieu, contre le mari et le tuteur.

S'il a été pris des inscriptions du chef desdites femmes, mineurs ou interdits, et s'il existe des créanciers antérieurs qui absorbent le prix en totalité ou en partie, l'acquéreur est libéré du prix ou de la portion du prix par lui payée aux créanciers placés en ordre utile; et les inscriptions du chef des femmes, mineurs ou interdits, seront rayées, ou en totalité, ou jusqu'à due concurrence.

Si les inscriptions du chef des femmes, mineurs ou interdits, sont les plus anciennes, l'acquéreur ne pourra faire aucun payement du prix au préjudice desdites inscriptions, qui auront toujours, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la date du contrat de mariage, ou de l'entrée en gestion du tuteur; et, dans ce cas, les inscriptions des autres créanciers qui ne viennent pas en ordre utile, seront rayées.

SOMMAIRE.

I. 1399. Les dispositions de ce chapitre sont le complément nécessaire d'un système de législation qui, par exception au principe de la publicité, admet des hypothèques occultes. Aperçu général et division.

II. 1400. Ce mode particulier de purge est mis par la loi à la disposition des *acquéreurs* d'immeubles appartenant à des maris ou à des tuteurs; il ne peut donc pas être employé par les *prêteurs de deniers*. — 1401. Exception en faveur des sociétés de crédit foncier; loi du 10-15 juin 1853. — 1402. En dehors de cette exception, la purge légale n'a lieu qu'en cas d'aliénation, et seulement quand les hypothèques dispensées d'inscription n'ont pas été inscrites. — 1403. La purge légale est facultative comme la purge ordinaire; néanmoins, seule, elle peut libérer la propriété des hypothèques légales dispensées d'inscription et non inscrites. *Quid* dans le cas où l'immeuble est passé aux mains du détenteur par l'effet d'une adjudication sur expropriation forcée?

III. 1404. Les formalités à remplir par le détenteur qui procède à la purge légale sont insuffisantes : modifications projetées. — 1405. Les lois qui ont institué les sociétés de crédit foncier ont établi un système de purge absolument différent de celui du Code civil. — 1406. Exposé de ce système. Transition à l'examen des formalités établies par le Code.

IV. 1407. Le détenteur doit déposer au greffe du tribunal civil de la situation une copie dûment collationnée de son titre d'acquisition. — 1408. Qui a qualité pour collationner et certifier la copie?

V. 1409. Le dépôt au greffe doit être certifié par acte signifié. — 1410. La signification doit être faite à la femme elle-même, s'il s'agit de son hypothèque; au subrogé tuteur, s'il s'agit de l'hypothèque du mineur; et dans l'un et l'autre cas elle doit être, en outre, adressée au procureur de la république près le tribunal de la situation des biens. — 1410 *bis*. La signification doit être faite à la femme même quand elle est mineure; elle n'a pas besoin d'être assistée d'un curateur *ad hoc*. — 1411. Du cas où le détenteur ne connaîtrait pas le subrogé tuteur, la femme ou ses représentants. Avis du conseil d'Etat du 1er juin 1807. Les dispositions de cet Avis ne sont pas applicables lorsque de fait le détenteur *connaît l'existence des mineurs*, bien qu'il ignore si les mineurs sont ou non pourvus de subrogé tuteur : jurisprudence.

VI. 1412. Enfin, l'acquéreur doit faire afficher et exposer, pendant deux mois, dans l'auditoire du tribunal, extrait du titre d'acquisition. Des énonciations à faire dans l'extrait; conséquences des omissions qui y seraient commises. — 1413. *Quid* dans le cas où l'immeuble a été l'objet de ventes successives?

VII. 1414. Du caractère et de l'effet de ces formalités. Elles sont une simple mise en demeure faite aux créanciers. — 1415. Ils y doivent répondre en prenant, soit par eux-mêmes, soit par les personnes auxquelles la loi donne qualité à cet effet, inscription dans les deux mois de l'exposition du contrat. — 1416. Ce délai est notablement abrégé dans la purge spéciale qui a été organisée en faveur des sociétés de crédit foncier. — 1417. Le délai de deux mois n'est pas susceptible de l'augmentation à raison des distances. — 1418. La mise en demeure donne au mineur, à l'interdit et à la femme mariée, le droit de requérir

une surenchère, s'ils le jugent à propos. — 1419. Mais ce droit se confond avec celui de prendre inscription en ce qui concerne le délai dans lequel il doit être exercé. Controverse.

VIII. 1420. Quant et comment l'immeuble dont la purge est poursuivie est-il affranchi des hypothèques légales? Distinction.

IX. 1421. Si aucune inscription n'a été prise dans le délai, l'immeuble est purgé en faveur de l'acquéreur, et le droit de suite est perdu. — 1422. Mais le *droit de préférence* subsiste au moins temporairement (l. 21 mai 1858).

X. 1423. Si des inscriptions ont été requises dans le délai, ces inscriptions remontent à la date qui leur est assignée par l'art. 2135, suivant les distinctions indiquées au commentaire dudit article; et le sort des hypothèques légales est déterminé diversement, eu égard aux deux hypothèses qui peuvent se présenter :

XI. 1424. Ou les inscriptions qui ont été prises sont primées par d'autres créances antérieurement inscrites qui absorbent en totalité ou en partie le prix dû par le détenteur, auquel cas celui-ci peut payer ces créances; les inscriptions du chef de la femme, du mineur ou de l'interdit, peuvent être rayées en totalité ou jusqu'à due concurrence;

XII. 1425. Ou les inscriptions sont les premières en date, et alors les fonds doivent rester déposés entre les mains du détenteur, — 1426. ...A moins que celui-ci n'aime mieux les consigner. — 1427. Quant aux inscriptions des autres créanciers qui ne viennent pas en ordre utile, elles seront rayées; toutefois cela ne doit s'entendre que du cas où les créances garanties par l'hypothèque légale sont certaines et actuellement déterminées. *Quid* si ces créances sont indéterminées et simplement éventuelles ?

I. — 1399. Les dispositions de ce chapitre sont le complément nécessaire d'un système hypothécaire qui, par exception au principe de la publicité, admet des hypothèques occultes. Dès que la loi reconnaissait l'existence de certaines hypothèques indépendamment de toute inscription, et permettait que ces hypothèques restassent pourvues de toutes les prérogatives attachées au droit hypothécaire, bien qu'elles ne fussent révélées au public par aucun signe, il était bien impossible d'appliquer à ces hypothèques le système ordinaire de la purge, puisque ce système a pour base des notifications aux créanciers dont l'existence et les droits sont révélés par des inscriptions (*suprà,* n°s 1296 et suiv.). Il fallait donc offrir à la propriété foncière un moyen spécial de se mettre à l'abri de ces hypothèques occultes et créer une procédure dont l'exécution mît le détenteur en position de payer son prix sans avoir à craindre une éviction ultérieure ou le danger de payer une seconde fois. Tel est l'objet des dispositions contenues dans le présent chapitre.

La loi dit, en conséquence, que les acquéreurs d'immeubles appartenant à des maris ou à des tuteurs pourront purger les hypothèques non inscrites qui existeraient sur ces immeubles du chef des femmes, des mineurs ou des interdits; qu'à cet effet, ils rempliront certaines formalités toutes combinées de manière à donner la publicité au titre d'acquisition et à mettre en demeure, par la publication même, le mineur, l'interdit et la femme mariée ou leurs représentants, de révéler leurs droits par une inscription prise dans un délai déterminé; enfin, qu'à l'expiration du délai, la purge est accomplie si aucune inscription n'a été prise, et que si, au contraire, des inscriptions ont été prises, le sort des hypothèques occultes jusque-là est diversement fixé suivant que ces inscriptions, eu égard à la date à laquelle elles remon-

tent, priment les autres hypothèques inscrites sur l'immeuble ou en sont primées. Voilà, par aperçu général, le système de la loi sur la purge légale. En le reprenant dans ses détails, nous nous occuperons successivement des personnes qui peuvent ou doivent recourir à la procédure organisée par les art. 2193 et suivants, des formalités à remplir par elles, du caractère et de l'effet des formalités de la purge, et des conditions auxquelles l'immeuble peut être considéré comme définitivement purgé des hypothèques occultes dans les hypothèses diverses qui peuvent se présenter.

II. — 1400. La procédure de la purge légale, pas plus que celle de la purge ordinaire, n'est organisée pour les prêteurs de deniers. Dans les art. 2181 et suivants, qui ont pour objet de déterminer toutes les formalités constitutives de la purge ordinaire, le législateur, comme nous l'avons fait remarquer, ne parle jamais que du *tiers détenteur*, de l'*acquéreur*, du *nouveau propriétaire;* d'où il a fallu conclure que la purge ordinaire ne saurait être poursuivie par un bailleur de fonds ou prêteur de deniers. De même dans les art. 2193, 2194, 2195, qui organisent la purge légale, le législateur ne parle jamais que de l'*acquéreur;* d'où il faut conclure que la purge légale aussi n'a lieu qu'en cas d'aliénation. Donc, quelque intérêt qu'ils puissent avoir à faire apparaître des hypothèques dont la clandestinité est une menace et un danger, les bailleurs de fonds ou prêteurs de deniers ne peuvent recourir aux formalités de la purge légale, qui est établie dans l'intérêt des acquéreurs pour faciliter et assurer les mutations d'immeubles, et n'a pas d'application aux contrats de prêt : telle est la règle.

1401. La règle cependant n'est plus absolue dans l'état actuel de la législation ; nous avons dit déjà, au n° 1269, que, par une faveur toute spéciale, les sociétés de crédit foncier ont reçu de la loi la faculté de faire la purge des hypothèques occultes au moment où le contrat de prêt se forme avec elles. On a pensé avec raison que, sans la faculté de purger, l'existence d'hypothèques occultes aurait élevé un obstacle à peu près insurmontable à l'établissement de ces sociétés. Et, à l'origine, on était tellement imbu de cette idée que, d'après le décret organique du 28 février 1852 (art. 8 et 24), la purge était obligatoire et devait comprendre, non pas seulement les hypothèques, mais encore toutes les autres charges occultes ou actions dont la propriété foncière peut être grevée, comme les actions en revendication, les actions rescisoires et résolutoires, les priviléges non inscrits, etc. Toutefois les choses sont rentrées dans une mesure plus exacte par l'effet de la loi du 10 juin 1853, dont l'art. 2, d'une part, a rendu la purge simplement facultative, et dont l'art. 8, d'une autre part, a limité l'application de la purge aux hypothèques, laissant à l'écart les actions et autres charges occultes dont l'existence, d'ailleurs, est aujourd'hui sans danger en présence des dispositions de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription.

1402. En dehors de cette exception, la purge, nous le répétons, n'a lieu qu'en cas d'aliénation. C'est un moyen offert à l'acquéreur

pour faire apparaître, par une mise en demeure, les hypothèques grevant du chef des mineurs, des interdits ou des femmes mariées, les immeubles par lui acquis de maris ou de tuteurs. Ceci même nous montre que la purge dont il s'agit ici n'a d'application que dans le cas où ces hypothèques n'ont pas été inscrites. C'est établi, d'ailleurs, par l'intitulé même de notre chapitre, qui s'occupe « du mode de purger les hypothèques, *quand il n'existe pas d'inscription* sur les biens des maris et des tuteurs »; et l'art. 2193 est tout aussi significatif, puisque les mêmes expressions s'y trouvent reproduites.

Donc, si les hypothèques légales des mineurs, des interdits ou des femmes mariées, ne sont pas restées occultes, en ce que, nonobstant la dispense d'inscription dont elles jouissent en principe, l'inscription en a été requise par l'une des personnes qui, aux termes des art. 2136 et suivants, ont qualité à cet effet, ce n'est pas le cas de recourir à la procédure exceptionnelle et spéciale qu'organisent les art. 2193 et suivants. L'inscription préexistante à l'aliénation de l'immeuble grevé a placé ces hypothèques dans les conditions du droit commun, quant à la purge du moins; l'acquéreur ne peut les purger que par l'accomplissement de toutes les formalités décrites au chapitre précédent (*suprà,* n° 1267). Par contre, si ces hypothèques ne se trouvent pas inscrites, vainement l'acquéreur aura-t-il rempli toutes les formalités du chapitre précédent. Ces formalités pourront bien atteindre et purger les hypothèques conventionnelles, judiciaires ou même légales, qu'une inscription aurait imprimées sur l'immeuble dont l'acquéreur est en possession. Mais elles laisseront subsister toutes les hypothèques dispensées d'inscription et non inscrites, lesquelles, par cela seul qu'elles sont occultes, ne peuvent être atteintes et purgées que d'après le mode établi par les art. 2193 et suivants. Par où l'on voit que, lorsque l'acquéreur est en présence de créanciers inscrits, et d'un mineur, d'un interdit ou d'une femme mariée, dont les hypothèques n'ont pas été rendues publiques, il est obligé, pour s'assurer une propriété libre et affranchie de toutes les hypothèques, de procéder à la purge ordinaire et à la purge légale; à la purge ordinaire vis-à-vis des créanciers inscrits, et à la purge légale vis-à-vis de ceux dont les droits ont pu exister clandestinement et ne se sont pas révélés par l'inscription.

1403. Au surplus, la purge légale est facultative comme la purge des hypothèques inscrites (*suprà,* n°s 1289 et suiv.); cependant elle est nécessaire, comme nous venons de le voir, en ce sens que c'est par cette voie seulement que les hypothèques non inscrites peuvent être purgées. Mais c'était une question gravement controversée de savoir s'il en est ainsi, même dans le cas où l'immeuble est aux mains du détenteur par l'effet d'une adjudication sur expropriation forcée. On avait soutenu, et la Cour de cassation elle-même avait d'abord jugé qu'il en est, à cet égard, des hypothèques légales dispensées d'inscription et non inscrites comme des hypothèques soumises à l'inscription, et que l'expropriation forcée, ayant pour effet de purger par elle-même ces dernières hypothèques (*suprà,* n° 1280), doit avoir pour effet éga-

lement de purger les premières. Toutefois cette jurisprudence avait été abandonnée par la Cour de cassation, et, dès l'année 1833, à la suite d'un arrêt rendu en audience solennelle, elle décidait invariablement que l'expropriation forcée ne purge pas par elle-même l'hypothèque légale non inscrite de la femme ou du mineur, et que l'adjudicataire, comme l'acquéreur par suite de vente volontaire, est tenu de remplir les formalités décrites par les art. 2193 et suivants (1). Les décisions des cours d'appel tendaient vers cette jurisprudence (2), que nous avons eu l'occasion de défendre ailleurs (3).

Mais la loi du 21 mai 1858 sur les ordres a coupé court à toute difficulté sur ce point par une nouvelle rédaction de l'art. 717 du Code de procédure, qui, revenant au principe consacré d'abord par la Cour de cassation et abandonné ensuite par elle, décide législativement que l'expropriation forcée purge par elle-même *toutes* les hypothèques, sans excepter les hypothèques légales non inscrites. Ce n'est pas le cas de nous arrêter à cette disposition, qui se rattache à la matière des ordres et de la saisie immobilière (4); et après avoir constaté qu'elle a tranché la difficulté, nous passons aux formalités prescrites par la loi en vue de la purge légale.

III. — 1404. Aux termes de l'art. 2194, les acquéreurs d'immeubles appartenant à des maris ou à des tuteurs doivent : 1° déposer copie dûment collationnée du contrat translatif de propriété au greffe du tribunal civil du lieu de la situation des biens ; 2° certifier, par acte signifié, tant à la femme ou au subrogé tuteur qu'au procureur de la république près le tribunal, le dépôt qu'ils auront fait ; 3° enfin faire un extrait de ce contrat, lequel extrait, contenant sa date, les noms, prénoms, professions et domiciles des contractants, la désignation de la nature et de la situation des biens, le prix et les autres charges de la vente, est et reste affiché pendant deux mois dans l'auditoire du tribunal. Ajoutons qu'un Avis du conseil d'Etat, en date du 1er juin 1807,

(1) Voy. Aud. sol., 22 juin 1833; Rej., 27 août 1833, 30 juill. 1834, 26 mai 1836, 18 déc. 1839, 27 mars 1844 (Dall., 33, 1, 234; S.-V., 33, 1, 742; 34, 1, 625; 36, 1, 775; 40, 1, 137; 45, 1, 20). Et il a été jugé que l'adjudicataire qui, sur la foi de l'ancienne jurisprudence, s'était dispensé de remplir les formalités de la purge, et avait payé aux créanciers inscrits sur l'immeuble le montant de son prix d'acquisition d'après l'ordre ouvert pour la distribution de ce prix, ne peut pas exiger des créanciers qu'il a payés la restitution de ce qu'ils ont reçu si, faute d'avoir opéré la purge légale, il se trouve plus tard forcé de payer à la femme de l'ancien propriétaire le montant de ses reprises dotales. Cass., 12 nov. 1850 (S.-V., 51, 1, 12; Dall., 50, 1, 305; *J. Pal.*, 1851, t. I, p. 1).

(2) On en trouve la dernière trace dans un arrêt duquel il résulte que la femme du saisi, à laquelle, faute d'inscription de son hypothèque légale, le créancier poursuivant n'a pas fait la sommation de l'art. 692 du Code de procédure, et vis-à-vis de laquelle l'adjudicataire n'a pas rempli, par suite, les formalités de la purge des hypothèques légales, conserve son droit hypothécaire entier, après l'adjudication, et n'est pas réduite à un simple droit de préférence sur le prix d'adjudication, en sorte qu'elle peut encore soit former une surenchère, soit exercer l'action en délaissement contre l'adjudicataire. Dijon, 19 août 1857 (S.-V., 58, 2, 95; *J. Pal.*, 1858, p. 897).

(3) Voy. *Rev. de législ.* (année 1845, t. I, p. 299 et suiv.).

(4) M. Seligman a fait sur la loi précitée du 21 mai 1858 un commentaire que nous avons revu pour le mettre en rapport avec notre *Traité-Commentaire des Priviléges et Hypothèques*. Nous renvoyons le lecteur aux observations de M. Seligman sur l'art. 717.

statuant pour les cas où, soit la femme ou ceux qui la représentent, soit le subrogé tuteur, ne seraient pas connus de l'acquéreur, dispose « qu'il sera nécessaire et qu'il suffira, pour remplacer la signification qui doit leur être faite, aux termes de l'art. 2194, en premier lieu, que, dans la signification à faire au procureur impérial, l'acquéreur déclare que ceux du chef desquels il pourrait être formé des inscriptions, pour raison d'hypothèques légales existantes indépendamment de l'inscription, n'étant pas connus, il fera publier la susdite signification dans les formes prescrites par l'art. 683 du Code de procédure (nouv. art. 696) ; en second lieu, que l'acquéreur fasse cette publication dans ladite forme de l'art. 683 du Code de procédure, ou que, s'il n'y avait pas de journal dans le département, l'acquéreur se fasse délivrer par le procureur impérial un certificat portant qu'il n'en existe pas... »

On est généralement d'accord pour dire que ces formalités ne remplissent pas le but de la loi. Et, en effet, non-seulement elles entraînent des lenteurs et une dépense considérables, mais encore elles sont à peu près inefficaces en ce que le dépôt au greffe, l'affiche et l'exposition du contrat, ne portent jamais ou presque jamais à la connaissance des parties intéressées l'aliénation de leur gage hypothécaire, et que la signification qui suppléerait à cela y est impuissante, la copie parvenant habituellement aux maris et aux tuteurs, c'est-à-dire à ceux qui ont intérêt à ce qu'aucune inscription ne soit prise. Aussi cette procédure de la purge avait été modifiée dans les projets de réforme dont le régime hypothécaire a été l'objet, et particulièrement dans le projet préparé, en 1851, pour la troisième délibération de l'Assemblée législative. Le dépôt au greffe de la copie collationnée du titre de l'acquéreur et l'exposition d'un extrait du contrat dans l'auditoire du tribunal étaient supprimés : le nouveau propriétaire devait faire à la femme ou au subrogé tuteur, après la transcription de son titre, une signification contenant les noms, prénoms, domiciles et qualités des parties, la désignation de l'immeuble ou du droit aliéné ou constitué, la date et la nature du titre, la date de la transcription et l'énonciation du prix et des charges; il aurait fait insérer, dans un des journaux du département, l'extrait de cette signification contenant les mêmes mentions, en ajoutant, dans le cas où il n'aurait pas connu ceux du chef desquels l'inscription pouvait être prise, la déclaration de cette circonstance dans l'insertion; il aurait justifié ensuite de l'insertion dans les formes prescrites par l'art. 698 du Code de procédure, et remis un exemplaire du journal au procureur de la république qui en aurait donné récépissé, le tout sans frais (1).

(1) Voy. l'art. 2174 du projet préparé pour la troisième délibération. — Du reste, il résulte de la jurisprudence que les créanciers hypothécaires qui veulent se prévaloir de la purge d'une hypothèque légale ne sont pas tenus, pour prouver la réalité et la régularité de cette purge, de représenter tous les actes qui ont dû être faits par le tiers détenteur : il leur suffit de produire des documents suffisants pour établir que les formalités de la purge ont été réellement observées. Rej., 21 juill. 1863 (Dall., 63, 1, 339; S.-V., 63, 1, 489; *J. Pal.*, 1864, p. 292). Il a été jugé de même

Ce projet n'a pas abouti, et nous restons en présence de la procédure telle qu'elle a été organisée par l'art. 2194 : nous aurons à la reprendre dans ses détails.

1405. Mais, avant cela, rappelons qu'indépendamment des dispositions de notre chapitre, lesquelles s'appliquent exclusivement au cas d'*aliénation*, il existe aujourd'hui des lois spéciales qui, en instituant les sociétés de crédit foncier, ont étendu exceptionnellement en faveur de ces sociétés la purge au contrat de prêt (*suprà*, n° 1401). Or ces lois organisent une procédure particulière absolument différente de celle de l'art. 2194, et dont il n'est pas sans intérêt d'indiquer ici la marche et les éléments.

1406. Sur ce point, le décret organique du 28 février 1852, par lequel la purge était déclarée obligatoire, avait organisé dans le chapitre Ier du titre IV un système qui a été modifié par la loi du 10 juin 1853. D'après cette dernière loi, une distinction est établie suivant que la purge a pour objet des hypothèques légales *connues* ou des hypothèques légales *inconnues* : sous ce rapport, il en est de la loi exceptionnelle comme de la loi commune, laquelle, rapprochée de l'Avis du conseil d'État du 1er juin 1807, règle aussi les formalités de la purge d'après la même distinction.

S'il s'agit d'hypothèques légales *connues*, c'est-à-dire d'hypothèques existant au profit de femmes, de mineurs ou d'interdits, dont l'existence et l'individualité sont constatées soit par la déclaration de l'emprunteur, soit par l'examen des titres, soit de toute autre manière, les formalités à remplir sont déterminées par les art. 19 à 23 de la loi précitée. Il faut faire, soit à la femme et au mari, soit au tuteur et au subrogé tuteur du mineur ou de l'interdit, soit au mineur émancipé et à son curateur, et à tous les créanciers non inscrits ayant hypothèque légale, la signification d'un extrait de l'acte constitutif d'hypothèque au profit de la société, et l'extrait doit contenir, à peine de nullité, non-seulement des mentions propres à faire connaître l'emprunteur, l'immeuble par lui offert en gage et le montant du prêt, mais encore l'avertissement que, pour conserver vis-à-vis de la société le rang de l'hypothèque légale, il est nécessaire de la faire inscrire dans les quinze jours, à partir de la signification, outre les délais de distance (art. 19 et 20). Les art. 21, 22 et 23 déterminent ensuite comment et à quelles personnes la signification doit être faite, en posant à cet égard des règles qui varient suivant que l'emprunteur est un mari ou un tuteur, et, si c'est un mari, suivant que la femme a été ou n'a pas été présente au contrat de prêt formé avec la société (1).

---

que l'existence et la régularité de la purge de l'hypothèque légale de la femme du vendeur peuvent être établies par les autres créanciers au moyen de simples présomptions, en l'absence de production des exploits de notification, alors que ce défaut de production résulte d'un concert frauduleux entre la femme ou ses représentants et l'acquéreur. Rej., 2 janv. 1866 (*J. Pal.*, 1866, p. 416; S.-V., 66, 1, 165; Dall., 66, 1, 379).

(1) Par arrêt du 7 juillet 1874, rendu après partage, la Cour d'appel de Paris avait jugé que la loi du 10 juin 1853 n'a pas dérogé, par ses art. 19 et 21, aux principes

S'il s'agit d'hypothèques légales *inconnues*, c'est-à-dire d'hypothèques existant au profit de personnes dont l'existence est ignorée et auxquelles, par conséquent, la société ne peut pas s'adresser directement pour les mettre en demeure, l'art. 24 dispose que « l'extrait de l'acte constitutif d'hypothèque doit être notifié au procureur impérial près le tribunal de l'arrondissement du domicile de l'emprunteur et au procureur impérial près le tribunal de l'arrondissement dans lequel l'immeuble est situé, et que cet extrait doit être inséré, avec la mention des significations faites, dans l'un des journaux désignés pour la publication des annonces judiciaires de l'arrondissement dans lequel l'immeuble est situé... »

Tel est le système organisé par la loi spéciale du 10 juin 1853. La simple analyse que nous en présentons suffit à faire reconnaître qu'il a une supériorité marquée, non-seulement sur la procédure telle qu'elle a été réglée par la loi commune dans le cas unique qu'elle prévoit, mais

---

généraux qui régissent la minorité et l'émancipation; et, en conséquence, qu'est nulle la purge effectuée par le Crédit foncier, au moyen de la signification de l'acte constitutif d'hypothèque à son profit, faite au mari emprunteur et à la femme mineure non assistée d'un curateur *ad hoc* (Dall., 76, 2, 65). La Cour confirmait par là l'opinion émise par M. Josseau dans son *Traité du crédit foncier* (t. I, p. 401). « Le mari, à la vérité, dit cet auteur, est curateur de sa femme mineure. Ainsi, la signification qui lui serait faite en sa double qualité de mari et de curateur pourrait être suffisante dans les cas ordinaires. Mais, dans l'espèce, l'opposition d'intérêt qui existe entre les deux époux permettrait de contester la validité et la régularité d'une telle signification. Lorsqu'il y a opposition d'intérêt entre un mineur et son tuteur, la jurisprudence exige la nomination d'un subrogé tuteur *ad hoc* pour recevoir la signification prescrite par le Code civil. On doit raisonner par analogie et faire nommer à la femme mineure un curateur spécial pour recevoir, en même temps que la femme et le mari, la signification prescrite par l'art. 19 de la loi du 10 juin 1853. » Mais c'est là ajouter à la loi et imposer au Crédit foncier une condition que la loi spéciale n'a pas exigée. C'est seulement quand il s'agit d'une hypothèque légale dérivant de la tutelle qu'il y a lieu de faire la signification à un curateur; lorsqu'il s'agit de l'hypothèque légale dérivant du mariage, la loi, sans distinguer entre le cas où la femme est majeure et celui où elle est mineure émancipée par le mariage, se borne à dire que la signification devra être faite à sa propre personne et au mari. Aussi, l'arrêt de la Cour de Paris, déféré à la Cour suprême, a-t-il été cassé. Dans un arrêt encore inédit du 8 février 1876, la Cour a considéré « que le décret de 1852, modifié par la loi de 1853, a créé, au profit des sociétés de crédit foncier, une purge particulière des hypothèques légales qui peuvent grever les immeubles affectés à la sûreté des prêts qu'il trace d'une manière complète les formalités nécessaires pour opérer cette purge spéciale, et qu'il règle distinctement, par des dispositions différentes, la procédure à suivre pour les hypothèques légales dérivant du mariage et pour celles dérivant de la tutelle; qu'en ce qui concerne les premières, l'art. 19 ne prescrit qu'une double notification au mari et à la femme de l'extrait du contrat constitutif de l'hypothèque; que, prévoyant le cas où l'emprunteur est le mari, c'est-à-dire le cas même où peut se rencontrer une opposition d'intérêts entre les deux époux, au sujet de l'hypothèque légale, l'art. 21 exige seulement que la notification destinée à la femme soit alors remise à celle-ci en personne; que ces articles disposent en termes généraux et absolus; que, par leur texte comme par leur esprit, ils ne comportent aucune différence quant aux formalités qu'ils édictent entre la femme majeure ou simplement émancipée par le fait du mariage; d'où il suit qu'en déclarant nulle la double notification à fin de purge faite par le Crédit foncier tant à M... qu'à la personne même de sa femme, et en décidant que la minorité de celle-ci et son opposition d'intérêt avec son mari nécessitaient une semblable notification à la personne d'un curateur *ad hoc*, les juges du fond ont créé une distinction qui n'existe pas dans la loi, et formellement violé les art. 19 et 21 susvisés... » La solution, on le voit, est donnée ici, spécialement et exclusivement au point de vue de la purge instituée au profit des sociétés de crédit foncier. *Quid* dans le cas de la purge légale réglée par le Code civil? La question est examinée *infrà*, n° 1410 *bis*.

encore sur celle que les projets de réforme préparés en 1851 proposaient de lui substituer. — Ceci dit, nous arrivons à l'examen des formalités établies par l'art. 2194.

IV. — 1407. Tout acquéreur d'immeubles appartenant à des maris ou à des tuteurs, qui veut purger les hypothèques légales non inscrites des mineurs, des interdits ou des femmes mariées, doit déposer copie dûment collationnée du contrat translatif de propriété au greffe du tribunal civil du lieu de la situation des biens : c'est la première formalité prescrite par ledit article.

Quand il existe plusieurs actes émanés du même vendeur au profit de différents acquéreurs, la copie de chacun de ces actes peut être portée sur la même feuille de papier timbré; et par suite un seul acte de dépôt doit être dressé (1).

Ce dépôt tient, dans la purge légale, le rôle assigné à la transcription dans la purge ordinaire (*suprà*, n° 1288); il est l'acte préliminaire de la purge. Ce n'est pas en lui, en effet, que résident précisément la mise en demeure faite aux parties intéressées et l'avertissement d'avoir à prendre inscription; ceci se trouve plutôt dans les formalités ultérieures, c'est-à-dire dans l'affiche et les significations qui donnent réellement la publicité au contrat du nouveau propriétaire (2).

1408. A l'occasion de cette première formalité, nous nous bornerons à signaler une question d'attribution qu'elle a soulevée, laquelle a donné lieu à des prétentions exagérées et assez contradictoires.

D'une part, on a prétendu, dans l'intérêt des avoués, qu'ils auraient un droit exclusif à remplir les formalités de la purge des hypothèques légales, et spécialement à faire le dépôt de la copie collationnée du contrat translatif. La jurisprudence a écarté avec raison cette prétention insoutenable en decidant que le dépôt peut être fait par tous autres que les avoués, et même par la partie ou par son fondé de pouvoir, sans l'assistance de l'avoué (3).

D'un autre côté, par une autre exagération en sens inverse, on a prétendu que non-seulement les avoués n'auraient pas un droit exclusif, mais encore qu'ils n'auraient pas un droit de concurrence avec tous autres officiers ministériels ou simples fondés de pouvoir, et qu'à aucun titre ils ne pourraient faire le dépôt d'une copie collationnée, la copie n'étant legalement collationnée que par le détenteur de la minute. Mais

---

(1) Voy., en ce sens, Nîmes, 19 mai 1857; Riom, 23 juill. 1860 (S.-V., 57, 2, 330; 60, 2, 482; *J. Pal.*, 1857, p. 946; 1861, p. 63; Dall., 57, 2, 149; 60, 2, 149). Voy. aussi M. Ballot (*Rev. prat.*, t. II, p. 232, et t. III, p. 93). L'administration de l'enregistrement décide en ce même sens que le certificat du greffier constatant le dépôt au greffe, par un seul et même acte, et pour parvenir à la purge des hypothèques, de la copie collationnée de plusieurs contrats de vente au profit d'acquéreurs distincts, n'est passible que d'un seul droit d'enregistrement. Solut. de l'adm., 5 mars 1866 (S.-V., 67, 2, 161; *J. Pal.*, 1867, p. 607). Voy. aussi M. Garnier (*Rép.*, n° 2497, 6°). — Pourtant, il résulte d'un arrêt de la Cour d'Agen qu'il devrait être dressé autant d'actes de dépôt qu'il est présenté de copies. Agen, 1er juin 1859 (S.-V., 60, 2, 482; Dall., 60, 2, 149; *J. Pal.*, 1861, p. 63).

(2) Voy. Caen, 24 déc. 1842 (S.-V., 43, 2, 214).

(3) Voy. Rej., 31 mars 1840; Limoges, 9 avr. 1845 (S.-V., 40, 1, 306; 45, 2, 577).

il y a là une équivoque évidente. Il s'agit, dans l'art. 2194, d'une simple *copie collationnée,* et on décide comme s'il s'agissait d'une *expédition* qui, en effet, ne peut être donnée que par le détenteur de la minute. En définitive, que veut le législateur? Assurer l'exactitude dans la reproduction du titre. Or, le but de la loi est atteint quand l'avoué intervient et collationne la copie. Qu'on dise maintenant que le ministère de l'avoué n'est pas obligatoire pour l'accomplissement des formalités de la purge, nous le voulons bien; mais il faut admettre cependant que la purge est un de ces actes qui rentrent naturellement, sinon exclusivement, dans les attributions de ces officiers ministériels, et par conséquent qu'ils ont qualité pour certifier, sous leur responsabilité, toutes les copies des pièces de la procédure (1).

V. — 1409. Après le dépôt au greffe de la copie collationnée, le nouveau propriétaire doit certifier par acte signifié, tant à la femme ou au subrogé tuteur qu'au procureur de la république près le tribunal de la situation des biens, le dépôt qu'il aura fait : c'est la seconde formalité exigée par l'art. 2194. Cette signification doit être faite par huissier; mais l'art. 832 du Code de procédure se référant spécialement aux articles 2183 et 2185, et nullement à l'art. 2194, il en faut conclure qu'à la différence de ce qui a lieu pour les notifications et pour la réquisition de surenchère dans la procédure de la purge ordinaire (n°s 1304 et 1352), il n'est pas nécessaire, dans la purge légale, que la signification soit faite par un huissier commis.

1410. La signification doit être faite aux personnes mêmes que la loi a désignées :

Ainsi, pour l'hypothèque légale dérivant de mariage, la signification sera faite non au mari, mais à la femme elle-même, en raison de l'opposition d'intérêts (2), même dans le cas où elle aurait subrogé un créancier du mari dans son hypothèque légale, il suffira que la signification lui soit faite; il ne sera pas nécessaire de la faire aussi au créancier subrogé (3);

S'agit-il de l'hypothèque légale dérivant de la tutelle, la signification sera faite, non point au tuteur, qui est en opposition d'intérêts avec son pupille, mais au subrogé tuteur;

Enfin, dans l'un et l'autre cas, la signification doit être adressée au procureur de la république près le tribunal de la situation des biens. Mais cette dernière signification ne supplée pas celle qui doit être faite soit à la femme, soit au subrogé tuteur. En tout état de cause, il doit

(1) Voy. l'arrêt déjà cité de la Cour de Nîmes, du 19 mai 1857. *Junge :* MM. Chauveau (*J. des av.*, 1855, p. 152); Massé et Vergé (t. V, p. 269, note 4). *Comp.* MM. Aubry et Rau (t. II, p. 965; 4e édit., t. III, p. 541). — Voy., en sens contraire, un jugement du Tribunal de Saint-Yrieix, du 13 févr. 1856 (Dall., 56, 3, 17; *J. des av.*, 1857, p. 381).

(2) Voy. Paris, 25 févr. 1817; Lyon, 19 nov. 1850 (S.-V., 51, 2, 484). Voy. cependant Rouen, 15 févr. 1828 (Dall., 28, 2, 55). *Comp.* Toulouse, 12 juin 1860 (S.-V., 60, 2, 546).

(3) Voy. Amiens, 10 juill. 1843 (S.-V., 46, 2, 395). Voy. cependant Angers, 3 avr. 1835 (S.-V., 35, 2, 226).

leur être fait une signification directe et personnelle, sans quoi la purge ne s'accomplirait pas au profit du nouveau propriétaire (1).

1410 *bis*. Sur ce dernier point s'est élevée la question de savoir si, même dans le cas où la femme serait mineure, la signification directe à sa personne serait suffisante. La Cour de cassation, saisie récemment de la question au point de vue de la purge spéciale créée au profit des sociétés de crédit foncier par les lois de 1852 et 1853, l'a résolue affirmativement par cassation d'un arrêt contraire de la Cour de Paris, qui avait déclaré nulle la purge effectuée par le Crédit foncier au moyen de la signification de l'acte constitutif d'hypothèque en sa faveur, faite à *la femme mineure non assistée d'un curateur* ad hoc (*suprà*, n° 1406, à la note). Il n'en doit pas être autrement pour la purge de l'hypothèque légale instituée par le Code civil; et la raison de décider est la même. La Cour de cassation a pensé que l'art. 19 de la loi spéciale qui prescrit une double signification au mari et à la femme, n'ayant fait aucune différence entre la femme majeure et la femme mineure, il en faut conclure que, même en état de minorité, la femme, émancipée par le fait du mariage, a qualité suffisante pour recevoir seule la signification qui lui est destinée. Or, l'art. 2194 du Code civil ne fait non plus ni exception, ni réserve; il dit en termes généraux, absolus, que le dépôt au greffe de la copie collationnée du contrat translatif de propriété sera signifié *à la femme*. Donc, que la femme soit mineure ou majeure, il n'importe; la signification directe à elle faite sera valable et suffisante dans l'un et l'autre cas.

Cependant M. Loiseau a soutenu, au contraire, que l'émancipation, conséquence nécessaire du mariage, ne donne à la femme ni une capacité plus grande, ni des priviléges plus étendus qu'à tout autre mineur émancipé; que l'incapacité du mineur émancipé exige l'intervention d'un curateur pour les actes qui ne sont pas de pure administration; que tel est le caractère de la signification prescrite par l'art. 2194, puisqu'elle se rattache à des droits immobiliers, à des droits réels dont le mineur émancipé, et par cela même la femme mineure, n'a pas la libre disposition; que dès lors l'acquéreur ne peut pas se contenter de la faire directement à la femme seule, et que ne pouvant, à raison de l'opposition d'intérêts, la faire valablement au mari, curateur légal de celle-ci, il faut, pour la régularité de la purge, qu'un curateur *ad hoc* soit nommé et que la signification lui soit aussi adressée (2). Mais c'est là une théorie que repoussent à la fois et les principes sur la curatelle et les règles relatives à la purge légale.

Il est admis, sans doute, en matière de curatelle, que dans le cas d'opposition d'intérêts entre le curateur et le mineur émancipé, il y a lieu à la nomination d'un curateur *ad hoc*. Mais cela s'entend du curateur ordinaire, nullement du mari à l'égard de la femme mineure. C'est

(1) Voy., Cass., 14 janv. 1817; Bordeaux, 13 août 1844 (S.-V., 45, 2, 377).
(2) Voy. la Dissertation de M. Loiseau dans le Recueil de M. Dalloz (44, 3, 132) et aussi dans le *Répertoire* (v° Priv. et Hyp., n° 2259), où la Dissertation est suivie d'une réfutation par M. Flandin.

qu'en principe, celle-ci n'a pas besoin d'une assistance autre que celle de son mari, même pour les actes auxquels le mari serait intéressé. Cela résulte de la généralité des termes de l'art. 217 du Code civil, qui confère au chef de l'association conjugale, comme un attribut de la puissance maritale, le pouvoir d'assister sa femme, sans distinguer s'il y a ou s'il n'y a pas opposition d'intérêts entre les deux époux. Cela s'induit également des art. 218, 221, 2208 du Code civil, qui n'exigent l'intervention d'un curateur spécial que dans des cas déterminés, notamment dans le cas de minorité ou d'absence du mari, ou lorsqu'il refuse d'autoriser sa femme à faire certains actes. Aussi est-il reconnu, en doctrine et en jurisprudence, que la femme mineure est toujours valablement assistée par son mari, malgré l'intérêt personnel que celui-ci pourrait avoir dans l'opération, et qu'il n'y peut avoir lieu à recourir à un curateur *ad hoc* que dans le cas où les époux contractent l'un envers l'autre (1).

Or, il ne s'agit de rien de semblable ici. Aussi, nous le répétons, l'art. 2194, qui traite de la signification à faire par le tiers acquéreur pour purger l'hypothèque légale de la femme, ne fait aucune différence entre la femme majeure et la femme mineure; dans un cas et dans l'autre, il n'exige d'autres significations que celles qui doivent être faites à la femme et au procureur de la république. Il en est de même, du reste, de l'art. 692 du Code de procédure, modifié par la loi du 21 mai 1858, lequel ne distingue pas non plus entre la femme mineure et la femme majeure en ce qui concerne la sommation de prendre communication du cahier des charges en matière de saisie réelle des immeubles grevés de l'hypothèque légale. Et il est remarquable que ni l'art. 2194 du Code civil, ni l'art. 692 du Code de procédure, ne parlent d'une signification à faire au curateur du mineur émancipé. Que conclure de là? Évidemment, que cette signification n'est pas nécessaire. On ne fait la signification au curateur, dit M. Chauveau sur Carré, que s'il en existe un; sinon, la notification au mineur émancipé suffira (2). Et il y a de cela une raison décisive. C'est que la signification prescrite par l'art. 2194 n'est pas du tout ce que M. Loiseau suppose. Cet acte, nous le verrons tout à l'heure, n'est qu'une simple mise en demeure au créancier d'inscrire son hypothèque, c'est-à-dire de faire un acte purement conservatoire. Or, aux termes de l'art. 2139 du Code civil, la femme mariée et le mineur émancipé peuvent accomplir cet acte sans avoir besoin ni d'assistance, ni d'autorisation.

1411. Si l'existence des hypothèques légales n'est pas connue, ou si l'individualité des créanciers auxquels une hypothèque est accordée par la loi n'est pas établie, comment le nouveau propriétaire s'y prendra-t-il pour faire la mise en demeure par une signification directe et personnelle? L'Avis du conseil d'État du 1er juin 1807, cité plus haut (no 1404), avise à cette situation au moyen de la publication de la si-

(1) Req., 4 févr. 1868 (*J. Pal.*, 1868, p. 1180; S.-V., 68, 1, 441; Dall., 68, 1, 393). — Voy. aussi MM. Demolombe (*Mar.*, t. II, p. 117); Aubry et Rau (t. IV, § 472).

(2) Voy. M. Chauveau, sur Carré (quest. 2333, *octies*).

gnification dans un des journaux du département, sauf par le nouveau propriétaire, s'il n'y avait pas de journal dans le département, à se faire délivrer par le procureur de la republique un certificat portant qu'il n'en existe pas.

Sur quoi nous ferons remarquer que cet Avis du conseil d'État est applicable seulement quand l'existence *du mineur ou de la femme* est inconnue. L'Avis parle, il est vrai, du cas où le *subrogé tuteur n'est pas connu*, et plusieurs arrêts en avaient conclu que, dans ce cas, et bien que l'existence du mineur ne fût pas ignorée, il suffisait au nouveau propriétaire, pour purger, de s'en tenir aux formalités telles qu'elles sont décrites dans l'Avis du conseil d'État (1). Mais la conclusion ne saurait être admise. Dès que le nouveau propriétaire connaît l'existence du mineur, il n'est plus dans l'impossibilité de faire la signification prescrite par l'art. 2194. Rien n'est plus simple alors que de connaître le nom du subrogé tuteur auquel la signification doit être faite; et si par impossible un subrogé tuteur n'a pas été donné au mineur, rien n'est plus simple que d'en provoquer la nomination. Ainsi devra procéder le nouveau propriétaire; sans quoi, et s'il procédait conformément à l'Avis du conseil d'État, il ne purgerait pas valablement l'hypothèque, la marche tracée par l'art. 2194 devant être suivie en ce cas (2).

VI. — 1412. Enfin, comme dernière formalité, la loi exige qu'un extrait du titre du nouveau propriétaire soit et reste affiché pendant deux mois dans l'auditoire du tribunal. Cet extrait doit contenir la date du titre, les noms, prénoms, professions et domiciles des contractants, la désignation de la nature et de la situation des biens, le prix et les autres charges de la vente. L'omission de l'une de ces indications n'entraînerait pas nécessairement la nullité; mais on comprend que la formalité ne pourrait pas être regardée comme valablement accomplie si l'omission portait sur une indication sans laquelle les créanciers mis en demeure ne pourraient pas se déterminer sur le point de savoir s'ils ont ou non intérêt à répondre à l'appel qui leur est fait par la réquisition d'une inscription. Ainsi a décidé la Cour de Lyon dans une espèce où l'extrait affiché ne contenait pas la désignation de la nature de l'immeuble (3).

1413. Quand l'immeuble acquis par le nouveau propriétaire a été l'objet de ventes successives, il est d'usage, dans la pratique, d'indiquer dans l'extrait les noms, professions et domiciles des précédents propriétaires, et les ventes consenties par chacun d'eux. Toutefois ce n'est pas une nécessité. La formalité serait valablement remplie si le

(1) Voy. Grenoble, 20 août 1834 et 29 nov. 1837 (Dall., 37, 2, 53; 38, 2, 96; S.-V., 36, 2, 390; 38, 2, 158).

(2) Voy. Cass., 8 mai 1844 (S.-V., 44, 1, 412). — *Junge :* Besançon, 12 juill. 1837; Rouen, 13 mars 1840; Grenoble, 8 févr. 1842; Limoges, 5 mars 1843; Metz, 25 juin 1856; Nîmes, 25 mai 1857 (S.-V., 38, 2, 158; 40, 2, 158; 42, 2, 162; 43, 2, 510; 57, 2, 609; 58, 2, 53; *J. Pal*, 1857, p. 968; 1858, p. 324).

(3) Lyon, 19 nov. 1850 (S.-V., 51, 2, 484; Dall., 51, 2, 13).

nouveau propriétaire croyait devoir s'en tenir aux indications relatives à son propre contrat (1).

VII. — 1414. Après que le nouveau propriétaire a déposé une copie dûment collationnée de son titre, certifié son dépôt par un acte signifié tant à la femme ou au subrogé tuteur qu'au procureur de la république, et fait afficher un extrait du contrat dans l'auditoire du tribunal, les hypothèques légales de la femme, du mineur ou de l'interdit, ne sont pas encore purgées. Il n'y a dans tout cela qu'une simple mise en demeure, un appel fait aux inscriptions qui révéleront les hypothèques non inscrites. Cela résulte de l'art. 2194, dont la disposition finale dit que, pendant les deux mois de l'exposition du contrat, les femmes, maris, tuteurs, subrogés tuteurs, mineurs, interdits, parents ou amis, et le procureur de la république, seront reçus à requérir s'il y a lieu, et à faire faire au bureau du conservateur des hypothèques, des inscriptions sur l'immeuble aliéné.

1415. Mais dès que les créanciers dont l'hypothèque légale n'est pas inscrite sont mis en demeure, ils doivent, soit par eux-mêmes, soit par les personnes auxquelles la loi donne qualité à cet effet, prendre leur inscription dans le délai de deux mois imparti par la loi. Le point de départ de ce délai varie suivant qu'il s'agit d'hypothèques légales *connues* ou d'hypothèques légales *inconnues*. Dans le premier cas, il résulte de l'économie même de l'art. 2194 qu'il se place au jour de l'exposition du contrat dans l'auditoire du tribunal. Dans le second cas, à l'occasion duquel est intervenu l'Avis du conseil d'État du 1er juin 1807 (n° 1404), ce même Avis dispose que le délai ne doit courir que du jour de la publication faite aux termes de l'art. 683 du Code de procédure (nouv. art. 696), ou du jour de la délivrance du certificat du procureur de la république portant qu'il n'existe pas de journal dans le département.

1416. Il est à propos de noter ici que le délai a été notablement abrégé, en faveur des sociétés de crédit foncier, par les lois spéciales qui, ainsi que nous l'avons dit aux nos 1405 et suivants, permettent exceptionnellement à ces sociétés d'appliquer la purge légale à leurs contrats de prêt. En effet, la loi du 10 juin 1853 fixe, pour faire l'inscription, deux délais : l'un, applicable aux hypothèques *connues,* est de *quinze jours,* qui partent soit de la signification faite à la femme lorsque l'emprunteur est un mari, soit de la délibération du conseil de famille si l'emprunteur est tuteur (art. 20, 23); l'autre, applicable aux hypothèques *inconnues,* est porté à *quarante jours* à partir de l'insertion dans les journaux de l'extrait de l'acte constitutif d'hypothèque (art. 24).

1417. Une autre différence est à noter entre cette législation spéciale et notre loi commune : dans le cas de l'art. 20, le délai de quinze jours donné à la femme pour requérir l'inscription doit, d'après les termes exprès de cet article, être augmenté à raison des distances, tandis que

(1) Caen, 24 déc. 1842 (S.-V., 43, 2, 214).

l'art. 2194 fixe, d'une manière générale et absolue, un délai qui, à notre avis, n'est pas susceptible d'augmentation à raison des distances. Nous sommes ici dans un cas spécial auquel ne semble pas pouvoir être appliquée la disposition de l'art. 1033 du Code de procédure, faite pour régler les matières ordinaires. D'ailleurs les termes de l'art. 2194 sont précis. Si le législateur eût voulu que les deux mois assignés comme terme à la faculte d'inscrire pussent être exceptionnellement augmentés, dans certains cas, il n'eût pas manqué de l'exprimer, comme dans l'art. 2185 relatif au délai de la surenchère (*supra,* n° 1355). Ajoutons que la nécessité même des choses confirme cet argument de texte. Dans le cas auquel s'applique l'art. 2194, lorsque, les biens du débiteur ayant été vendus, il s'agit d'en distribuer le prix aux créanciers, plus ou moins nombreux, qui peuvent y avoir droit; quand un ordre doit peut-être intervenir; quand l'acquéreur, de son côté, a besoin de se libérer et de consolider la propriété dans ses mains, il est indispensable de donner une satisfaction aussi prompte que possible à tant d'intérêts différents ainsi engagés, et, par suite, de renfermer dans un délai plus court l'accomplissement des formalités nécessaires pour maintenir les droits de préférence qui peuvent compéter aux créanciers.

Disons donc, avec la Cour de Grenoble, que le délai dont il s'agit ici n'est pas susceptible d'augmentation à raison des distances, et cela même dans le cas où la personne au profit de laquelle l'inscription doit être prise demeure au delà du territoire continental de la France (1).

1418. La mise en demeure résultant de l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 2194 ouvre aux mineurs, aux interdits, aux femmes mariées ou à leurs représentants, le droit de surenchérir s'ils espèrent que les enchères donneront à l'immeuble aliéné par le tuteur ou par le mari un prix supérieur à celui qui est porté dans l'acte d'aliénalion. Le texte ne consacre pas spécialement ce droit; mais il ne saurait être refusé aux créanciers munis d'une hypothèque légale non inscrite, pas plus qu'aux autres créanciers hypothécaires, puisque la surenchère n'est qu'une manifestation du droit de suite, lequel est une prérogative attachée à toutes les hypothèques indistinctement. Mis en demeure d'inscrire, les mineurs, les interdits, les femmes mariées dont l'hypothèque n'est pas inscrite, peuvent donc non-seulement s'inscrire dans le délai fixé par la loi, mais encore requérir la surenchère du dixième (2).

1419. Mais le droit de surenchérir et celui de prendre inscription se confondent en ce qui concerne le délai dans lequel ils doivent être exercés. Donc, si les créanciers à hypothèque légale, tels que les femmes mariées, les mineurs, les interdits, se déterminent, en cas d'aliénation

(1) Grenoble, 8 mars 1855 (S.-V., 55, 2, 603; Dall., 56, 2, 69); Trib. de la Seine, 21 mars 1860. Voy. aussi M. Levesque (*Rev. prat.*, t. I, p. 416). Voy. cependant un jugement du Tribunal de Bergerac, du 23 févr. 1854 (Dall., 54, 3, 20).

(2) Voy. Caen, 23 août 1839 (S.-V., 40, 2, 111). *Junge :* M. Duranton (t. XX, n° 391).

des biens grevés de leur hypothèque, à exercer le droit de surenchère, ils doivent, sous peine de déchéance, le faire, par eux-mêmes ou par leurs représentants, *dans le délai de deux mois* à eux imparti pour requérir inscription (1).

Quoique dominante en doctrine et en jurisprudence, cette solution est contestée. La femme et le mineur, dit-on, rentrent dans le droit commun en inscrivant leurs hypothèques. Dès lors l'acquéreur ne peut purger à leur égard que suivant les formalités prescrites par les articles 2183 et suivants du Code civil. De même qu'ils ne pourraient, eux, surenchérir sans se conformer aux règles édictées par l'art. 2185, de même l'acquéreur, pour les constituer en demeure, doit se conformer aux règles de l'art. 2183. Donc la femme, le mineur ou l'interdit ont un délai de quarante jours, pour surenchérir, indépendant du délai de deux mois fixé par l'art. 1294, et c'est seulement quand ce second délai de quarante jours est expiré sans surenchère qu'il y a déchéance par rapport au droit de surenchérir (2). Ces considérations sont assurément fort graves. Néanmoins, la solution dominante nous semble préférable, et, avec la Cour de Paris, l'une des dernières qui se sont prononcées sur la question, nous pensons que le délai de deux mois est unique, et qu'il est le seul accordé par la loi aux femmes, aux mineurs et aux interdits, pour prendre inscription et pour surenchérir. En effet, peut-on dire avec cette Cour, deux chapitres séparés et distincts tracent les formalités de la purge des hypothèques : l'un n'a trait qu'aux hypothèques ordinaires soumises à la formalité de l'inscription ; l'autre s'occupe spécialement de la purge des hypothèques légales. Mais ces deux procédures parallèles se suffisent à elles-mêmes, et n'ont rien à emprunter l'une à l'autre. Or, en l'absence d'une disposition légale qui, dans ce dernier chapitre, fixe un délai spécial pour la surenchère, c'est arbitrairement qu'on ouvrirait à la femme, au mineur ou à l'interdit, pour surenchérir, un délai autre que celui qui leur est imparti pour prendre inscription. Ce délai, d'ailleurs, n'aurait aucune base assurée ni pour le point de départ, ni pour le terme. Car donner quarante jours à partir de la date de l'inscription, c'est créer une disposition que ne justifie même pas l'analogie, puisque, pour les hypothèques ordinaires, c'est la notification seule qui fait courir le délai de la surenchère ; et exiger de l'acquéreur une notification au créancier à hypothèque légale qui a pris inscription depuis la transcription du contrat, c'est lui imposer une obligation que la loi ne lui a pas faite, et qui, d'ailleurs, constituerait

(1) Voy. Grenoble, 27 déc. 1821 ; Metz, 14 juin 1837 ; Paris, 16 déc. 1840 ; Alger, 12 janv. 1854 ; Paris, 26 nov. 1857 ; Bordeaux, 1er juin 1863 (S.-V., 22, 2, 364 ; 38, 2, 197 ; 41, 2, 89 ; 54, 2, 442 ; 58, 2, 93 ; 64, 2, 142 ; Dall., 58, 2, 143 ; *J. Pal.*, 1858, p. 547 ; 1864, p. 761). Voy. aussi MM. Tarrible (*Rép.*, v° Transcript., § 5, n° 4) ; Persil (art. 2195, n° 6) ; Grenier (t. II, n° 457) ; Zachariæ (t. II, p. 251, note 7) ; Troplong (nos 921, 982, 995) ; Aubry et Rau (t. II, p. 967 ; 4e édit., t. III, p. 544).

(2) Voy. Caen, 28 août 1811, 9 août 1815 et 12 avr. 1826 ; Orléans, 17 juill. 1829 ; Limoges, 9 avr. 1845 (S.-V., 27, 2, 107 ; 29, 2, 217 ; 45, 2, 577). Voy. MM. Duranton (t. XX, n° 423) ; Thomine-Desmazures (t. II, n° 977) ; Pigeau (t. II, p. 442) ; Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. V, p. 270, note 13).

une anomalie avec les dispositions qui ne prescrivent les notifications que vis-à-vis des créanciers inscrits avant la transcription (1) (*suprà*, n° 1300).

VIII. — 1420. Il faut voir maintenant comment, après l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 2194, lesquelles constituent, comme nous l'avons dit, une simple mise en demeure ou un appel aux inscriptions, l'immeuble objet de la purge est définitivement affranchi des hypothèques légales. A cet égard, la loi prévoit deux hypothèses distinctes : celle où il n'a pas été pris inscription dans le délai de la loi, et celle où des inscriptions ont été requises; nous avons à nous en occuper successivement.

IX. — 1421. Dans la première hypothèse, c'est-à-dire quand, dans le cours des deux mois de l'exposition du contrat, il n'a pas été fait d'inscription du chef des femmee, mineurs ou interdits, sur les immeubles vendus, l'art. 2195 dit que ces immeubles passent à l'acquéreur sans aucune charge, à raison des dot, reprises et conventions matrimoniales de la femme ou de la gestion du tuteur, et sauf le recours, s'il y a lieu, contre le mari et le tuteur. Ainsi, le défaut d'inscription procure à l'acquéreur ou nouveau propriétaire la franchise de l'immeuble, du chef de la femme, du mineur ou de l'interdit; vis-à-vis de lui, l'action hypothécaire de ces creanciers est absolument éteinte; leur droit de suite est perdu, et il ne leur est plus permis de provoquer la surenchère ni de demander le délaissement. Ceci est incontestable, et, d'après la jurisprudence, ce résultat doit être admis, même dans le cas où, la purge ayant été faite par un acquéreur avec pacte de rachat, le réméré vient plus tard à être exercé (2).

1422. Mais le créancier à hypothèque légale ainsi définitivement déchu de son droit *sur l'immeuble* vis-à-vis de l'acquéreur, doit-il être considéré comme déchu également de son droit *sur le prix* vis-à-vis des autres créanciers, tellement que, les choses étant entières et le prix n'étant encore ni payé, ni distribué, ni délégué, il ne puisse pas, nonobstant le défaut d'inscription, se présenter et demander à être payé à son rang? C'est l'une des questions les plus controversées du régime hypothécaire. La Cour de cassation, qui s'est prononcée pour l'affirmative, a maintenu sa doctrine, au milieu des plus vives attaques, dans

(1) C'est en ce sens, du reste, que s'est prononcée la Cour de cassation dans les motifs d'un arrêt à notre rapport, lequel décide en conséquence que la signification faite à la femme a pour effet, aussi bien que les notifications aux créanciers inscrits, de faire courir les intérêts du prix de vente dû par le tiers acquéreur au profit de la masse hypothécaire. Cass., 1er mars 1870 (Dall., 70, 1, 262; S.-V., 70, 1, 193; *J. Pal.*, 1870, p. 494).

(2) Voy. Montpellier, 4 mars 1841 (*J. Pal.*, 1841, t. II, p. 712; S.-V., 42, 2, 25; Dall., 42, 2, 15). Voy. aussi Req., 1er juin 1859 (S.-V., 61, 1, 223; *J. Pal.*, 1860, p. 936; Dall., 60, 1, 381), et MM. Aubry et Rau (t. II, p. 697; 4e édit., t. III, p. 544). Il a été décidé même que le mari acquéreur d'un immeuble sur lequel sa femme a une hypothèque légale du chef de sa mère peut purger contre sa femme par l'accomplissement des formalités de l'art. 2194, et faute d'inscription de cette hypothèque dans les délais, bien qu'il soit lui-même chargé de requérir cette inscription. Req., 21 déc. 1852 (S.-V., 55, 1, 41).

une série d'arrêts qui embrassent une période de près de trente années (1). Néanmoins, cette solution n'est pas la meilleure.

Nous avons établi ailleurs (2), du reste, avec la majorité des Cours d'appel et des auteurs (3), que les principes généraux sont contraires. On ne conteste pas, en effet, que la purge des hypothèques légales ne soit établie dans l'intérêt exclusif des acquéreurs; d'un autre côté, il est certain que, vis-à-vis des créanciers, la femme et les mineurs n'ont pas besoin d'inscription. Cela étant, la conclusion se présente d'elle-même; qu'ils aient répondu ou non par une inscription à la mise en demeure dont ils ont été l'objet, la femme, le mineur ou l'interdit, qui se présentent par eux-mêmes ou par leurs représentants à l'ordre ouvert pour la distribution du prix, y doivent être admis. Par qui donc pourraient-ils en être écartés? Par l'acquéreur? Il est sans intérêt, puisque l'immeuble étant désormais purgé vis-à-vis de lui, il lui importe peu de se libérer entre les mains de l'un ou de l'autre. Par les créanciers? Ils sont sans droit, puisque, vis-à-vis d'eux, l'existence de l'hypothèque légale est indépendante de toute inscription.

Cette donnée première, qui s'induit tout d'abord des principes généraux, trouve dans l'économie de la loi une pleine et entière confirmation. La Cour de cassation n'a eté conduite à la méconnaître que par la confusion perpétuelle de deux questions absolument distinctes par leur nature et par leur objet; elle a réuni dans une même pensée, pour les soumettre à un principe commun, les deux droits, essentiellement différents, dans lesquels se résume toute hypothèque, c'est-à-dire le *droit*

---

(1) Voy. les arrêts des 8 mai 1827, 11 août 1829, 15 déc. 1829, 18 juill. 1831, 26 juill. 1831, 1er août 1837, 5 mai 1840, 6 janv. 1841, 3 févr. 1847, 11 mars 1851, 23 févr. 1852 (aud. solenn.), 5 juin 1855, 1er juin 1859, 21 juill. 1863 (S.-V., 31, 1, 301; 37, 1, 662; 40, 1, 523; 41, 1, 510; 52, 1, 82; 56, 1, 229; 61, 1, 223; 63, 1, 489; Dall., 29, 1, 331; 37, 1, 416; 40, 1, 197; 41, 1, 66; 52, 1, 39; 60, 1, 382; 63, 1, 339; *J. Pal.*, 1852, t. I, p. 257; 1860, p. 936; 1864, p. 292). *Junge*: Grenoble, 25 juin 1812, 8 juill. 1822, et 8 févr. 1842; Metz, 5 févr. 1823 et 16 janv. 1827; Nîmes, 20 mars et 10 déc. 1828, 4 juill. 1851; Caen, 15 janv. 1829; Bordeaux, 28 mai 1830, 19 déc. 1840; Amiens, 14 août 1839 et 12 mars 1842; Lyon, 31 déc. 1841; Paris, 29 juin 1844 et 27 févr. 1857; Agen, 21 juin 1853; Orléans, 12 juill. 1854 (S.-V., 53, 2, 585; 54, 2, 561; 57, 2, 283; Dall., 58, 2, 22). Voy. aussi MM. Grenier (nº 490); Hervieu (vº Ordre, nº 57); Chardon (*Tr. des trois puiss.*, t. II, p. 321); Tessier (t. II, nº 150); Benoît (*De la Dot*, t. II, nº 69); Duranton (t. XX, nº 421 *bis*).

(2) *Revue de législation* (année 1847, t. I, p. 41 et suiv.).

(3) Voy. notamment la monographie de M. Benech sur la question même (*Du droit de préf. en mat. de purge des hypoth. lég.*); MM. Persil (*Quest.*, t, II, p. 82, et *Rég. hypoth.*, art. 2195, nº 3); Baudot (t. I, nº 362); Despréaux (vº Hyp., nº 136); Jacob (*Saisie immobil.*, t. I, nºs 147 et suiv.); Fréminville (t. II, nº 1158); Magnin (t. II, nº 1297); Delvincourt (t. III, p. 172, note 1); Zachariæ (t. II, p. 252, note 10); Dupin (*Req. et plaid.*, t. III, p. 89); Coulon (t. II, p. 39); Taulier (t. VII, p. 416); Mourlon (t. III, p. 541); Troplong (nºs 984 et suiv.); F. Berriat Saint-Prix (*Not. théor.*, nº 8979). Voy. aussi Aix, 21 avr, 1845; Angers, 3 avr. 1835; Besançon, 17 mars 1827; Bordeaux, 31 juill. 1826; Bruxelles, 26 mai 1813; Caen, 22 juin 1816, 5 mai 1823; Colmar, 23 mai 1820, 24 mai 1821, 21 juin 1828; Douai, 14 avr. 1820; Grenoble, 4 févr. 1824, 2 avr., 31 août 1827, 3 févr. 1831; Lyon, 28 janv. 1825; Metz, 16 juill. 1823; Montpellier, 2 juil. 1840, 29 avr. 1845; Nîmes, 3 août, 17 nov. 1847; Orléans, 2 mars 1836; Paris, 3 déc. 1838, 24 août 1840; Pau, 30 juin 1830; Riom, 23 févr. 1849; Rouen, 10 avr. 1823; Toulouse, 1er juill. 1828; Rouen, 15 avr. 1861 (S.-V., 61, 2, 337; *J. Pal.*, 1861, p. 835).

de suite, qui intéresse particulièrement les créanciers dans leurs rapports avec le détenteur de l'immeuble affecté de leur hypothèque, et le *droit de préférence*, complétement étranger au détenteur, et qui ne concerne que les créanciers dans leurs rapports entre eux. La confusion existe dans tous les arrêts rendus sur la question par la Cour de cassation, et se montre surtout dans l'arrêt du 23 février 1852, rendu en audience solennelle, et dans lequel la Cour exprime que, le prix n'étant que la représentation de l'immeuble affranchi de l'hypothèque, le droit de collocation n'est que la continuation et la conséquence du droit de suite, en sorte que ce dernier droit étant perdu, le premier est perdu par cela même.

Rien n'est moins exact que cette théorie : nous avons démontré à diverses reprises que le *droit de préférence,* indiqué ici par la Cour de cassation comme une conséquence *du droit de suite,* est, au contraire, *essentiel* en matière hypothécaire, plus encore que le droit de suite, lequel n'est pas de l'*essence* du privilége ou de l'hypothèque, bien qu'il en constitue une condition d'efficacité (1); et à la Cour de cassation nous pourrions opposer la Cour de cassation elle-même, qui, sur un autre point, reconnaît et proclame, comme nous l'avons fait remarquer plus haut (n° 485), l'indépendance des deux droits qu'elle confond ici.

Mais, dans l'état actuel de la législation, nous sommes dispensé de revenir sur cette démonstration. La loi du 21 mai 1858, modificative des dispositions du Code de procédure sur les ordres et sur quelques points de la saisie immobilière, reconnaît, précisément à propos de la question qui nous occupe, cette indépendance des deux droits et la survie du droit de préférence au droit de suite; elle admet que le droit au prix appartient encore aux créanciers à hypothèque légale qui, ne s'étant pas inscrits dans les deux mois de l'exposition du contrat, ont perdu le droit de suivre l'immeuble désormais purgé entre les mains du détenteur. Prenant parti contre la jurisprudence de la Cour de cassation, cette loi suppose, avec raison, « que la purge des hypothèques légales n'est pas toujours un mode d'interpellation assez sûr et assez compris pour qu'on puisse garantir que l'incapable a été averti, et que son ignorance ou sa dépendance lui a laissé la faculté de profiter de l'avertissement; que le mari ou le subrogé tuteur peut être négligent, peu éclairé, ou avoir des intérêts opposés à celui de l'incapable »; puis elle en vient à conclure « qu'il ne faut pas assimiler la femme et le mineur à des créanciers ordinaires, et que s'il est possible encore (après la purge de l'immeuble) de leur réserver un droit de préférence sur le prix, il faut s'empresser de le faire, sous peine de leur retirer la protection précisément au moment où elle devient nécessaire. » (2)

---

(1) Voy. *suprà*, n°s 251, 329, 724, 1109. Voy. aussi notre dissertation, déjà citée, dans la *Revue de législation* (année 1847, t. I, p. 48 et suiv.).

(2) Voy. le Rapport de M. Riché. — Jugé que le créancier subrogé dans une hypothèque légale non inscrite conserve son droit de préférence sur le prix, conformément aux art. 717 et 754 du Code de procédure, par cela seul qu'il produit son titre dans le

Seulement, par une sorte de transaction avec les principes, la loi n'a pas voulu que le droit qui survit après l'extinction du droit de suite fût absolu et illimité. Il n'avait pas, d'ailleurs, avant la loi nouvelle, ce caractère dans le système opposé à celui que la Cour de cassation suivait invariablement. On reconnaissait, en effet (1), que le droit de préférence même n'avait plus d'objet et ne pouvait pas être exercé à défaut d'inscription dans les termes de l'art. 2195, si la femme, le mineur ou l'interdit ne se présentaient spontanément que lorsque les choses n'étaient plus entières, c'est-à-dire quand le prix avait été payé, régulièrement délégué, ou légalement distribué entre les autres créanciers. Mais la loi nouvelle a renfermé le droit dans des limites plus précises et plus étroites; elle a voulu substituer une durée certaine et déterminée à la durée incertaine que, dans l'autre système, pouvait avoir la survie du droit de préférence. De là les art. 772 et 717, qui, notons-le bien, supposent établies en principe l'indépendance du droit de préférence et du droit de suite, et la survie du premier à l'extinction du second, et se bornent à disposer : d'une part, « que les créanciers à hypothèques légales, qui n'ont pas fait inscrire leurs hypothèques dans le délai fixé par l'art. 2195 du Code Napoléon, *ne peuvent exercer de droit de préférence sur le prix qu'autant qu'un ordre est ouvert dans les trois mois qui suivent l'expiration de ce délai et sous la condition déterminée par la dernière disposition de l'art.* 717 » (art. 772); et, d'une autre part, « que les créanciers à hypothèques légales, qui n'ont pas fait inscrire leurs hypothèques avant la transcription du jugement d'adjudication, *ne conservent de droit de préférence sur le prix qu'à la condition de produire avant l'expiration du délai fixé par l'art.* 754 *dans le cas où l'ordre se règle judiciairement, et de faire valoir leurs droits avant la clôture si l'ordre se règle amiablement, conformément aux art.* 751 *et* 152 » (art. 717).

Ainsi, et comme l'a exprimé le rapporteur de la loi, l'ordre doit s'ouvrir, *après vente volontaire,* dans les trois mois qui suivent l'expiration des deux mois de l'exposition du contrat, et la femme, le mineur et l'interdit, ou leurs représentants, peuvent provoquer l'ouverture de l'ordre ou veiller à ce que les délais ne soient pas dépassés; *après expropriation forcée,* l'ordre doit s'ouvrir dans les délais résultant de la combinaison des art. 751 et 752. L'ordre étant ouvert dans ces délais, les créanciers à hypothèque légale y peuvent produire, si l'ordre est judiciaire, tant que les créanciers inscrits le peuvent, et si l'ordre est amiable, jusqu'à la clôture. En sorte que les créanciers à hypothèque légale pourront produire même après trois mois ou après le délai résultant des art. 751 et 752, mais à la condition que l'ordre dans lequel ils produiront aura été commencé dans ces délais (2).

---

délai déterminé par ces articles, et que son acte de produit contient demande générale en collocation, sans qu'il soit nécessaire qu'il formule particulièrement une demande en collocation comme subrogé dans l'hypothèque légale. Cass., 14 déc. 1863 (*J. Pal.*, 1864, p. 376; S.-V., 64, 1, 36; Dall., 64, 1, 111).

(1) Voy. la dissertation précitée dans la *Revue de législation* (*loc. cit.*, p. 43).

(2) C'est la solution dominante en doctrine. Voy. MM. Duvergier (*Coll. des lois*

Par là se trouve tranché l'un des plus graves problèmes soulevés par notre régime hypothécaire. Sans y insister davantage, nous passons à la deuxième hypothèse prévue par l'art. 2195.

X. — 1423. Lorsqu'une inscription a été prise par ou pour le mineur, l'interdit ou la femme mariée, le droit se révèle ; et les biens qui sont en la possession du détenteur n'en sont purgés qu'autant qu'il est donné satisfaction à ce droit dans la même mesure que s'il avait été rendu public au jour de sa naissance. L'art. 2195, reprenant une expression écrite déjà dans l'art. 2194, dit, à cet égard, que l'inscription prise dans les deux mois de l'exposition du titre de l'acquéreur remonte, quant à la femme, *à la date du contrat de mariage,* et quant au mineur ou à l'interdit, *à la date de l'entrée en gestion du tuteur.* Mais nous avons expliqué, dans notre commentaire de l'art. 2135, que cela ne doit pas être pris à la lettre, et que l'inscription remonte purement et simplement à la date qui lui est assignée par ce dernier article, suivant les distinctions qui s'y trouvent indiquées, c'est-à-dire : en ce qui concerne l'hypothèque du mineur ou de l'interdit, au jour de l'acceptation de la tutelle ou plutôt au jour où commence la responsabilité du tuteur (nos 747 et suiv.) ; et, en ce qui concerne l'hypothèque de la femme mariée, à des dates qui varient eu égard à la cause des créances, mais toutefois d'après un principe commun, à savoir que l'administration du mari est l'unique fondement de l'hypothèque (nos 750 et suiv.).

Ces points rétablis, il faut examiner successivement les deux cas qui peuvent se présenter dans cette seconde hypothèse, celui où l'hypothèque inscrite au cours des deux mois de l'exposition du contrat est primée par d'autres créanciers inscrits sur l'immeuble, et le cas contraire où elle primerait ces autres créanciers.

XI. — 1424. Le cas où les hypothèques légales inscrites sur la mise en demeure faite par le détenteur sont primées est réglé par le § 2 de l'art. 2195, où il est dit que « s'il a été pris des inscriptions du chef desdites femmes, mineurs ou interdits, et s'il existe des créanciers antérieurs qui absorbent le prix en totalité ou en partie, l'acquéreur est libéré du prix ou de la portion du prix par lui payée aux créanciers placés en ordre utile ; et les inscriptions du chef des femmes, mineurs, interdits, seront rayées, ou en totalité, ou jusqu'à due concurrence. » Ainsi l'immeuble est purgé même des hypothèques légales qui se sont révélées sur la mise en demeure, par le payement que le détenteur fait

---

de 1858, p. 149, 150) ; Ollivier et Mourlon (l. 21 mai 1858, n° 240) ; Houyvet (*De l'Ordre*, n° 41) ; Bressolles (*Expl. de la loi de 1858*, n° 34) ; Seligman (*ibid.*, n° 95) ; Regnault (*Ordre amiable*, p. 45 et 46), et cette solution a été consacrée par un jugement fortement motivé du tribunal de Saint-Gaudens du 8 mai 1875. Néanmoins, ce jugement a été infirmé par la Cour de Toulouse dont l'arrêt, en date du 30 décembre 1875, décide que, dans le cas d'un ordre ouvert à la suite de saisie immobilière, les créanciers à hypothèques légales non inscrits peuvent exercer leur droit de préférence sur le prix, lors même que l'ordre ne s'ouvre pas dans les trois mois de la transcription du jugement d'adjudication, et qu'il n'en est pas en ce cas comme dans celui d'un ordre ouvert à la suite d'aliénation volontaire (S.-V., 76, 2, 41 ; *J. Pal.*, 1876, p. 212). Voy. encore, en ce sens, MM. Grosse et Rameau (*Proc. d'ord.*, n° 112) ; Aubry et Rau (4e édit., t. III, p. 406 et note 7). *Comp.* Chauveau, sur Carré (quest. 2403).

à d'autres créanciers préférables; et par cela même les inscriptions requises au cours des deux mois de l'exposition du contrat doivent être rayées. Seulement, si les créanciers antérieurs n'absorbent pas le prix en totalité, l'immeuble n'est libéré et les inscriptions ne doivent être rayées que jusqu'à due concurrence; l'acquéreur doit compte aux créanciers à hypothèque légale de l'excédant, à l'occasion duquel les choses se règlent d'après la marche tracée pour le second cas, dont il nous reste à parler.

XII. — 1425. Et dans ce second cas, le dernier paragraphe du même article dispose « que si les inscriptions du chef des femmes, mineurs ou interdits, sont les plus anciennes, l'acquéreur ne pourra faire aucun payement du prix au préjudice desdites inscriptions; et, dans ce cas, les inscriptions des autres créanciers qui ne viennent pas en ordre utile seront rayées. » Ainsi l'acquéreur ne purge les hypothèques légales qu'en s'arrangeant de manière que son prix soit employé à éteindre jusqu'à concurrence les créances qu'elles garantissent (1).

La loi dit, dans cette pensée, que l'acquéreur ne pourra faire aucun payement du prix au préjudice des inscriptions faites dans les deux mois de l'exposition du contrat; et par conséquent l'acquéreur pourrait, d'après la jurisprudence, non-seulement se refuser à faire aucun payement au vendeur, mais encore faire ordonner la restitution des sommes qu'il lui aurait payées (2).

1426. Mais il faut s'entendre sur le sens des expressions employées par l'art. 2195. Il en résulte que l'acquéreur ne doit pas verser son prix entre les mains du mari ou du tuteur, puisque ce sont là précisément les débiteurs de ceux dont l'inscription a révélé les créances. Il en résulte encore que le payement ne pourrait pas être fait soit au pupille lui-même, soit à la femme non séparée, quoiqu'ils soient les créanciers, parce que le mineur n'est pas capable de recevoir, et que la femme n'aura capacité à cet effet qu'à la dissolution du mariage (3). Mais il n'en résulte en aucune manière, quoi qu'en ait dit M. Tarrible (4), que l'acquéreur doive retenir le prix jusqu'au jour où il pourra utilement vider ses mains en celles des créanciers que ce prix doit désintéresser. Il peut consigner, s'il l'aime mieux (5). Et nous croyons même que les créanciers venant immédiatement après le mineur, l'interdit ou la femme mariée, pourraient faire ordonner que le prix serait

---

(1) *Comp.* Orléans, 29 mars 1862 (S.-V., 62, 2, 245; *J. Pal.*, 1863, p. 404; Dall., 62, 2, 99).

(2) Voy. Metz, 14 juin 1837, et Rej., 22 févr. 1841 (S.-V., 38, 2, 197; 41, 1, 514). — Voy. aussi Limoges, 6 août 1861; Bordeaux, 24 juill. 1863 (S.-V., 61, 2, 479; 64, 2, 47; *J. Pal.*, 1861, p. 1081; 1864, p. 409).

(3) Voy. Req., 21 juill. 1847; Cass., 23 août 1854 (Dall., 47, 1, 326; 54, 1, 285; S.-V., 47, 1, 653; *J. Pal.*, 1848, t. I, p. 99). *Junge :* Cass., 19 nov. 1872 (S.-V., 73, 1, 481; *J. Pal.*, 1873, p. 481).

(4) Voy. M. Tarrible (*Rép.*, vº Transcript., § 7, nº 7).

(5) Son droit, à cet égard, peut trouver une confirmation virtuelle dans le nouvel art. 777 du Code de procédure, dernier paragraphe (l. 21 mai 1858), qui, bien que rédigé en vue de l'art. 2186, peut, en raison de la généralité de ses termes (libération définitive *de tous privilèges et hypothèques*), trouver ici son application.

versé entre leurs mains, à la charge de fournir une caution ou des sûretés suffisantes pour la restitution, le cas échéant (1).

1427. Enfin le dernier paragraphe de l'art. 2195 expose que, dans le cas prévu, les inscriptions des autres créanciers qui ne viennent pas en ordre utile seront rayées. Il en pourra être ainsi, sans doute, toutes les fois que les créances garanties par l'hypothèque légale seront certaines et actuellement déterminées, et cela se produira rarement s'il s'agit des mineurs ou des interdits, dont la créance est subordonnée à la gestion du tuteur. Mais dans tous les cas où ces créances seront indéterminées et purement éventuelles, les créanciers postérieurs pourront faire maintenir leurs inscriptions jusqu'à la liquidation des droits garantis par l'hypothèque légale, ou au moins obtenir une collocation conditionnelle qui leur profiterait si, par le résultat de la liquidation, il y avait un excédant après la collocation de la femme, du mineur ou de l'interdit (2).

CHAPITRE X

DE LA PUBLICITÉ DES REGISTRES, ET DE LA RESPONSABILITÉ DES CONSERVATEURS.

2196. — Les conservateurs des hypothèques sont tenus de délivrer à tous ceux qui le requièrent, copie des actes transcrits sur leurs registres et celle des inscriptions subsistantes, ou certificat qu'il n'en existe aucune (3).

2197. — Ils sont responsables du préjudice résultant,

1° De l'omission sur leurs registres, des transcriptions d'actes de mutation, et des inscriptions requises en leurs bureaux;

2° Du défaut de mention dans leurs certificats, d'une ou de plusieurs des inscriptions existantes, à moins, dans ce dernier cas, que l'erreur ne provînt de désignations insuffisantes qui ne pourraient leur être imputées.

2198. — L'immeuble à l'égard duquel le conservateur aurait omis dans ses certificats une ou plusieurs des charges inscrites, en demeure, sauf la responsabilité du conservateur, affranchi dans les mains du nouveau possesseur, pourvu qu'il ait requis le certificat depuis la

---

(1) Voy. là-dessus Cass., 24 juill. 1821 et 16 juill. 1832. — *Junge :* MM. Grenier (t. I, n° 271); Zachariæ (t. II, p. 251, note 8); Troplong (n° 993). — *Comp.* d'ailleurs, sur ces divers points, Toulouse, 30 juin 1858; Bordeaux, 31 mai 1859; Agen, 17 déc. 1866 (*J. Pal.*, 1859, p. 1155; 1861, p. 161; S.-V., 60, 2, 200; Dall., 67, 2, 56).

(2) Voy. l'arrêt de rejet du 21 juill. 1847, déjà cité sous le numéro précédent. — Voy. aussi MM. Aubry et Rau (t. II, p. 969 et note 15; 4e édit., t. III, p. 546 et note 16); Rivière (*Jurispr. de la C. de cass.*, n° 615); Bertauld (*Rev. prat.*, t. X, p. 209).

(3) La disposition est reproduite dans les mêmes termes par l'art. 16 de la loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime, sauf que l'obligation est imposée au receveur des douanes à qui est attribué le service de la publicité hypothécaire en matière maritime (*suprà*, n° 868 *bis*).

transcription de son titre; sans préjudice néanmoins du droit des créanciers de se faire colloquer suivant l'ordre qui leur appartient, tant que le prix n'a pas été payé par l'acquéreur, ou tant que l'ordre fait entre les créanciers n'a pas été homologué.

2199. — Dans aucun cas, les conservateurs ne peuvent refuser ni retarder la transcription des actes de mutation, l'inscription des droits hypothécaires, ni la délivrance des certificats requis, sous peine des dommages et intérêts des parties; à l'effet de quoi, procès-verbaux des refus ou retardements seront, à la diligence des requérants, dressés sur-le-champ, soit par un juge de paix, soit par un huissier audiencier du tribunal, soit par un autre huissier ou un notaire assisté de deux témoins.

2200. — Néanmoins les conservateurs seront tenus d'avoir un registre sur lequel ils inscriront, jour par jour et par ordre numérique, les remises qui leur seront faites d'actes de mutation pour être transcrits, ou de bordereaux pour être inscrits; ils donneront au requérant une reconnaissance sur papier timbré, qui rappellera le numéro du registre sur lequel la remise aura été inscrite, et ils ne pourront transcrire les actes de mutation ni inscrire les bordereaux sur les registres à ce destinés, qu'à la date et dans l'ordre des remises qui leur en auront été faites. (Modifié par la loi du 5 janvier 1875. *Infrà*, nº 1430.)

2201. — Tous les registres des conservateurs sont en papier timbré, cotés et paraphés à chaque page par première et dernière, par l'un des juges du tribunal dans le ressort duquel le bureau est établi. Les registres seront arrêtés chaque jour comme ceux d'enregistrement des actes.

2202. — Les conservateurs sont tenus de se conformer, dans l'exercice de leurs fonctions, à toutes les dispositions du présent chapitre, à peine d'une amende de deux cents à mille francs pour la première contravention, et de destitution pour la seconde, sans préjudice des dommages et intérêts des parties, lesquels seront payés avant l'amende.

2203. — Les mentions de dépôt, les inscriptions et transcriptions, sont faites sur les registres, de suite, sans aucun blanc ni interligne, à peine, contre le conservateur, de mille à deux mille francs d'amende, et des dommages et intérêts des parties, payables aussi par préférence à l'amende.

SOMMAIRE.

I. 1428. Ces dispositions, purement réglementaires, retracent quelques-unes des obligations imposées aux conservateurs, précisent certains cas de responsabilité, et fixent la sanction établie contre les contraventions.

II. 1429. Les obligations imposées aux conservateurs, au point de vue de la publicité, sont multiples. — 1430. Dans l'ordre logique des idées, la première est relative à la tenue d'un registre des remises (art. 2200, modifié et complété par la loi du 5 janvier 1875). — 1431. C'est un registre dont l'objet unique est de constater la date des remises d'actes de mutation ou de bordereaux, et

l'ordre dans lequel ces actes et bordereaux ont été apportés. — 1432. Les conservateurs doivent délivrer au requérant une reconnaissance sur papier timbré constatant la remise et rappelant le numéro du registre où elle est inscrite. Exception. — 1432 *bis*. Le registre des remises doit être tenu en double et l'un des doubles doit être déposé au greffe du tribunal civil d'un arrondissement autre que celui où réside le conservateur : objet de ces mesures prescrites par la loi du 5 janvier 1875.

III. 1433. Après avoir reçu et constaté la remise, le conservateur doit faire la transcription des actes de mutation et inscription des droits hypothécaires sur les registres *de forme*. — 1434. Dans aucun cas, ces transcription et inscription ne peuvent être refusées, — 1435. Ni retardées. En quel sens cela doit s'entendre. — 1436. Comment sont constatés les refus et retardements (art. 2199).

IV. 1437. Enfin les conservateurs doivent délivrer à tous ceux qui le requièrent copie des actes transcrits et celle des inscriptions subsistantes, ou certificat négatif. Ils doivent aussi délivrer l'état spécial ou général des transcriptions et mentions prescrites par la loi du 23 mars 1855. — 1438. Toutes personnes peuvent requérir des certificats d'inscription ou de transcription. — 1439. En général, la réquisition doit être faite par écrit. — 1440. Enfin, les états et certificats délivrés doivent être en rapport avec la réquisition. — 1441. Par suite, si le requérant a demandé un certificat partiel, l'état délivré ne doit pas excéder les termes de la réquisition.

V. 1442. Inscriptions à faire d'office par le conservateur; réductions et radiations d'inscriptions. Renvoi.

VI. 1443. De la responsabilité du conservateur (et de celle du receveur des douanes par rapport à l'hypothèque maritime, l. du 10 déc. 1874); — 1444. Comment elle doit être appréciée; en quoi elle consiste. — 1445. Transition aux cas de responsabilité indiqués par la loi.

VII. 1446. 1° Omission sur les registres des transcriptions d'actes de mutation et des inscriptions requises; 2° défaut de mention, dans les certificats, d'une ou de plusieurs des inscriptions existantes. Comment la responsabilité du conservateur peut être couverte dans ce cas (art. 2197). — 1447. L'immeuble à l'égard duquel une ou plusieurs des charges auraient été omises en demeure affranchi entre les mains du nouveau possesseur; mais le droit de préférence subsiste et peut être exercé tant que les choses sont entières (art. 2198). — 1448. Mais les choses ne se passent ainsi que dans le cas où le certificat sur lequel l'omission a été commise a été demandé depuis la transcription : preuve nouvelle que les rédacteurs du Code n'avaient pas abandonné le principe de la transcription translative.

VIII. 1449, 1450. Forme des registres, contraventions et sanctions.

I. — 1428. Ces huit articles, qui complètent le titre *Des Priviléges et Hypothèques*, ont un caractère purement réglementaire, et, par ce motif, ils auraient été mieux placés dans la loi du 21 ventôse an 7, qui avait organisé les conservations des hypothèques. Nous devons nous y arrêter toutefois, sinon pour développer et approfondir la matière, ce qui sort de notre sujet, au moins pour en indiquer les points principaux.

Nous nous occuperons donc successivement : 1° des obligations imposées aux conservateurs des hypothèques par les dispositions contenues dans notre titre; 2° de la responsabilité des conservateurs et de son caractère; 3° des cas dans lesquels elle est engagée, et des réparations auxquelles elle donne lieu; 4° enfin de la forme des registres, des contraventions commises par les conservateurs dans l'exercice de leurs fonctions, et des sanctions établies par la loi.

Quant à l'organisation des conservations hypothécaires et à la compétence des conservateurs, nous nous en sommes expliqué en traitant du mode de l'inscription des priviléges et hypothèques; nous nous référons à nos observations sur ce point (voy. *suprà*, nos 866, 867).

II. — 1429. Les obligations imposées au conservateur, au point de

vue de la publicité des registres qui est l'objet du présent chapitre, sont multiples. Sans parler encore des dispositions disséminées dans notre titre, et en nous renfermant quant à présent dans celles de ce dernier chapitre, nous voyons par les art. 2196, 2199, 2200, que les conservateurs doivent délivrer des états d'inscription ou de transcription, ou des certificats négatifs à quiconque vient en requérir la délivrance (art. 2196); transcrire, sans aucun retard, les actes de mutation et inscrire les droits hypothécaires sur les registres tenus à cet effet (art. 2199); recevoir et constater jour par jour sur un registre spécial les remises qui leur sont faites d'actes de mutation pour être transcrits ou de bordereaux pour être inscrits, et en donner reconnaissance au requérant (art. 2200). Occupons-nous tout d'abord de ces obligations.

1430. Dans l'ordre logique des idées, la première dont nous ayons à parler est celle qui est imposée au conservateur, non point par l'article 2196, par lequel s'ouvre notre chapitre, mais bien par l'art. 2200, qui termine la série des dispositions de la loi sur ce point particulier. En effet, avant de parler de la délivrance des états ou des certificats de transcription ou d'inscription, il faut savoir comment ces inscriptions et transcriptions ont dû être portées sur les registres.

L'art. 2200 nous l'enseigne. Aux termes de cet article tel qu'il avait été édicté par les rédacteurs du Code civil, les conservateurs étaient tenus d'avoir un registre sur lequel ils inscrivaient, jour par jour et par ordre numérique, les *remises* qui leur étaient faites d'actes de mutation pour être transcrits, ou de bordereaux pour être inscrits; ils devaient donner au requérant une reconnaissance sur papier timbré, rappelant le numéro du registre sur lequel la remise avait été inscrite, et ils ne pouvaient transcrire les actes de mutation ni inscrire les bordereaux sur les registres à ce destinés qu'à la date et dans l'ordre des remises qui leur avaient été faites.

Mais cette disposition a été modifiée et complétée, dans un intérêt que nous préciserons tout à l'heure (*infrà*, nº 1432 *bis*), par la loi du 5 janvier 1875, ayant pour objet d'assurer la conservation des registres hypothécaires et d'en faciliter la reconstitution partielle. Elle était incomplète, en effet, en ce qu'elle était limitée aux bordereaux à inscrire et aux actes de mutation à transcrire. Les conservateurs n'ont pas seulement des registres spéciaux pour les inscriptions et pour les transcriptions. Ils ont encore un registre de transcription des saisies immobilières, lequel est tenu en exécution du Code de procédure modifié par la loi du 2 juin 1841 sur les ventes immobilières des biens immeubles. En outre, quant aux subrogations et aux antériorités, il n'y a pas, il est vrai, un registre spécial dans les conservations hypothécaires, car ces conventions se réfèrent à des opérations préexistantes et constatées déjà sur le registre des inscriptions. Mais il n'en est pas moins fait mention en marge des inscriptions auxquelles elles se rapportent; l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription impose cette mention au moins en ce qui concerne la subrogation à l'hypothèque légale

des femmes mariées. Or, il y avait toute raison de soumettre les saisies, les subrogations, les antériorités, aux formalités que l'art. 2200, dans sa rédaction primitive, n'avait établies que pour les bordereaux à inscrire et les actes à transcrire. C'est ce qui a été fait par la loi du 5 janvier 1875, qui, complétant sous ce rapport l'art. 2200 du Code civil, a substitué au texte de cet article la rédaction suivante :

« Néanmoins les conservateurs seront tenus d'avoir un registre sur » lequel ils inscriront jour par jour, et par ordre numérique, les remises » qui leur seront faites d'actes de mutation et de saisie immobilière, » pour être transcrits, de bordereaux, pour être inscrits, d'actes, expédi- » tions ou extraits d'actes contenant subrogation ou antériorité et de » jugements prononçant la résolution, la nullité ou la rescision d'actes » transcrits, pour être mentionnés.

» Ils donneront aux requérants, *par chaque acte ou par chaque bor- » dereau à transcrire, à inscrire ou à mentionner* (1), une reconnais- » sance sur papier timbré, qui rappellera le numéro du registre sur » lequel la remise aura été inscrite, et ils ne pourront transcrire les » actes de mutation et de saisie immobilière, ni inscrire les bordereaux » ou mentionner les actes contenant subrogation ou antériorité et les » jugements portant résolution, nullité ou rescision d'actes transcrits » sur les registres à ce destinés, qu'à la date ou dans l'ordre des re- » mises qui leur auront été faites. »

D'autres dispositions sont ajoutées à celles-ci dans la loi du 5 janvier 1875; nous y reviendrons tout à l'heure (*infrà*, n° 1432 *bis*). Notons auparavant que celles-ci sont complexes, mais que toutes les prescriptions n'en sont pas également ni dans tous les cas obligatoires.

1431. Ce registre n'est pas celui qui est destiné au public, celui que les tiers consultent lorsqu'ils veulent s'enquérir de la solvabilité de l'emprunteur ou du vendeur; c'est un registre dont l'objet unique est de constater la date des remises faites aux conservateurs d'actes de mutation ou de bordereaux, et l'ordre dans lequel ces bordereaux et ces actes ont été apportés au conservateur, pour qu'il puisse ensuite opérer sous la même date et dans le même ordre sur les registres de forme, les seuls que les tiers aient à consulter. La tenue de ce registre et l'inscription jour par jour et par ordre numérique de toutes les *remises* faites au conservateur, voilà ce qui est obligatoire dans les prescriptions de la loi.

(1) Le projet primitif reproduisait, en ce point, le texte de l'art. 2200 : « Ils donneront au requérant une reconnaissance... » Les mots « par chaque acte ou par chaque bordereau à transcrire, à inscrire ou à mentionner », ont été ajoutés dans la discussion, par des motifs que le rapporteur, M. Denormandie, a précisés : « En fait et dans la pratique, a-t-il dit, on apporte souvent au conservateur plusieurs documents à la fois, et le conservateur ne délivre qu'une seule reconnaissance applicable à plusieurs affaires. Cette manière de faire n'est pas sans inconvénients. Le gouvernement pense qu'il y a un intérêt sérieux pour les parties à ce que le conservateur des hypothèques délivre un récépissé par chaque acte, chaque extrait d'acte, par chaque bordereau. Et quand je dis chaque bordereau, je ne veux pas dire par chacun des deux exemplaires du bordereau qui, dans l'usage, ont trait à une seule inscription, je veux dire par chaque affaire. La commission accepte donc le projet de loi ainsi modifié par le gouvernement. »

1432. Mais il n'en est pas de même de la délivrance que les conservateurs doivent faire au requérant d'une reconnaissance sur papier timbré constatant la remise à eux faite et rappelant le numéro du registre sur lequel la remise a été inscrite. Cette reconnaissance devient sans objet toutes les fois que le conservateur fait la transcription ou l'inscription en présence du requérant. Ce dernier n'a pas alors autre chose à retirer que le bordereau dont parle l'art. 2150, ou le certificat de transcription dont il est question à l'art. 2181 (voy. n°s 941 et 1290). C'est donc dans le cas seulement où, par une circonstance quelconque, le requérant a dû laisser les pièces déposées au bureau de la conservation, qu'il est obligé de prendre, et à ses frais, la reconnaissance sur papier timbré dont parle l'art. 2200 (1).

1432 *bis*. Là se bornaient nos observations touchant l'art. 2200 tel qu'il avait été inséré dans le Code civil. Mais la loi du 5 janvier, inspirée, on le peut dire, par la guerre et les sinistres événements dont elle a été immédiatement suivie, a voulu faire du registre des remises que cet article a pour objet l'instrument même à l'aide duquel on peut, en cas d'incendie, reconstituer, autant que possible, une conservation hypothécaire. C'est dans cette pensée que, par les deux premiers paragraphes de l'art. 2200, ci-dessus reproduits (n° 1430), le législateur a entendu compléter ce registre, en chargeant le conservateur d'y mentionner, sommairement au moins, non plus seulement les bordereaux à inscrire et les actes à transcrire, mais en outre les saisies immobilières, les subrogations, les antériorités. Ainsi complété, le registre des remises ne sera pas susceptible, sans doute, de suppléer tous les registres du conservateur; mais du moins il contiendra les éléments nécessaires pour indiquer, en cas de destruction de la conservation hypothécaire par un incendie ou par tout autre événement, où doivent être les pièces utiles à la reconstitution, et les personnes intéressées dont le concours pourrait être exigé.

Toutefois, pour que le registre des remises pût être utile dans ce but, il ne suffisait pas qu'il fût complet et qu'il présentât à lui seul un état sommaire, en quelque sorte une table des registres de la conservation détruits; il fallait aviser aux moyens de le mettre à l'abri pour que, le cas échéant, on le pût retrouver. Les deux derniers paragraphes de l'art. 1er de la loi y ont pourvu en ces termes : « Le registre prescrit par » le présent article sera tenu double, et l'un des doubles sera déposé » sans frais, et dans les trente jours qui suivront sa clôture, au greffe » du tribunal civil d'un arrondissement autre que celui où réside le con- » servateur.

» Le tribunal au greffe duquel sera déposé le double du registre du » dépôt sera désigné par une ordonnance du président de la Cour dans » le ressort de laquelle se trouve la conservation. Cette ordonnance » sera rendue sur les réquisitions du procureur général. »

(1) Voy. MM. Baudot (t. I, n° 157); Troplong (n° 1009). Voy. aussi Trib. de Poitiers, 19 août 1821, et les décisions ministérielles des 14 et 28 ventôse an 13 et 8 août 1821.

Le législateur a tenu à fixer un bref délai dans lequel le double destiné à être transporté hors de la conservation devrait être l'objet de la mesure ; car si ce soin n'était pas rapidement accompli, a dit le rapporteur de la loi, la mesure elle-même pourrait perdre, en partie du moins, son efficacité.

D'autres points encore étaient à régler : la forme du registre, le salaire du conservateur, les frais nécessités par le travail complémentaire, etc. Mais tout cela était du domaine de l'administration. Aussi l'art. 2 de la loi du 5 janvier 1875 avait-il disposé qu'il serait « statué par un décret sur toutes les autres mesures d'exécution nécessitées par la présente loi. » Et en effet, le décret est intervenu à la date du 28 août 1875. En voici les termes :

« Art. 1er. Le registre, dont la tenue double est prescrite par l'article 1er de la loi du 5 janvier 1875, est en papier timbré et conforme au modèle fourni par l'administration de l'enregistrement.

» Le coût du timbre est à la charge des parties.

» Art. 2. Il est alloué au conservateur 20 centimes, à titre de salaire, pour l'enregistrement sur les deux registres et pour la reconnaissance des dépôts d'actes ou de bordereaux à transcrire, à mentionner ou à inscrire, conformément aux dispositions de l'art. 1er de la loi du 5 janvier 1875.

» Les droits de timbre des cases employées à l'inscription des arrêtés quotidiens sur le registre à déposer au greffe resteront à la charge de l'État.

» Art. 3. Le dépôt du double du registre est effectué par les soins du conservateur dans le délai prescrit par la loi. L'envoi a lieu par la poste au moyen d'un paquet chargé.

» Le jour même de la réception du registre, le greffier dresse acte de la remise, et il en fait parvenir par lettre chargée le récépissé au conservateur.

» Le tout a lieu sans frais.

» Art. 4. Les doubles des registres sont gardés au greffe sous clef; il est interdit au greffier d'en donner connaissance à toute autre personne qu'aux agents de l'administration de l'enregistrement.

» En cas de destruction des registres de dépôt, les doubles conservés au greffe sont immédiatement remis, contre récépissé, à l'administration de l'enregistrement, qui procède à la reconstitution de ces registres, sans qu'il en puisse résulter aucune charge nouvelle pour les parties; cette reconstitution aura lieu dans la même forme dans le cas de destruction des doubles gardés au greffe.

» Art. 5. Les ministres des finances et de la justice sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au *Journal officiel* et inséré au *Bulletin des lois*. »

III. — 1433. Quand le conservateur a reçu et constaté sur son registre les remises des actes de mutation ou des bordereaux, il doit faire la transcription ou l'inscription sur les registres de forme à ce destinés. Il est tenu de faire la transcription ou l'inscription à la date et

dans l'ordre des remises. Mais s'il y avait, sous ce rapport, défaut de concordance entre les deux espèces de registres, ceux de forme seuls, même quand les mentions en seraient incomplètes ou erronées, feraient foi à l'égard des tiers, qui n'en peuvent consulter d'autres; mais la difficulté serait grave entre le déposant et le conservateur, pour lequel le registre des remises est un *livre-journal.*

1434. La transcription ou l'inscription sur les registres ne peut pas, en principe, être refusée lorsqu'elle est requise. C'est la disposition formelle de l'art. 2199. Toutefois ceci ne doit pas être pris dans un sens trop absolu. La loi n'a pas entendu assurément qu'il dépendrait du caprice d'un créancier prétendu de grever hypothécairement, sous le plus futile prétexte, le bien d'un tiers. Donner à l'art. 2199 une signification telle que le conservateur devrait inscrire nécessairement toutes les fois qu'on se présente à lui en se prétendant en possession d'un droit hypothécaire, ce serait exposer la propriété foncière à des embarras sans nombre, aux ennuis et aux frais des actions en radiation par lesquelles elle pourrait être incessamment obligée de se défendre. Il faut donc laisser aux conservateurs une certaine faculté d'appréciation, et leur permettre de ne pas opérer l'inscription requise lorsqu'il leur apparaît que le requérant n'a aucun droit hypothécaire (1). La Cour d'Agen a justement décidé en ce sens que le conservateur des hypothèques peut, sous sa responsabilité personnelle, refuser d'inscrire un privilége ou une hypothèque lorsqu'il reconnaît qu'il n'existe point de droit hypothécaire à l'occasion de l'inscription demandée (2).

1435. Mais si le conservateur croit ne pas pouvoir refuser la formalité requise, il doit l'accomplir *sans retard;* l'art. 2199 dit à cet effet non-seulement que le conservateur ne peut pas refuser, mais encore qu'il ne peut pas *retarder* la transcription des actes de mutation, ni l'inscription des droits hypothécaires. Toutefois il ne faut pas non plus exagérer la règle; les longueurs qui résultent de la force même des choses ou qui tiennent à des nécessités matérielles, comme le temps qu'il faut pour opérer la transcription d'actes compliqués et étendus, ne sauraient jamais constituer un retardement dans le sens de cet article.

1436. Comme les refus ou les retardements imputables au conservateur sont le principe d'une action en responsabilité, l'art. 2199 se complète par l'indication du mode suivant lequel ils pourront être constatés : procès-verbal en doit être dressé sur-le-champ, à la diligence des requérants, soit par un juge de paix, soit par un huissier audiencier du tribunal, soit par un autre huissier ou un notaire assisté de deux témoins.

IV. — 1437. Enfin l'art. 2196 impose aux conservateurs l'obliga-

---

(1) Jugé, toutefois, qu'un conservateur ne manque pas à ses devoirs en opérant sur ses registres une inscription requise, bien que l'immeuble grevé soit situé dans la circonscription d'un autre bureau. Paris, 26 janv. 1872 (S.-V., 72, 2, 19; *J. Pal.*, 1872, p. 194); Req., 25 nov. 1872 (S.-V., 73, 1, 65; *J. Pal.*, 1873, p. 140).

(2) Voy. Agen, 6 août 1852 (*J. Pal.*, 1853, t. II, p. 433; S.-V., 53, 1, 422; Dall., 53, 2, 28).

tion de délivrer à *tous ceux qui le requièrent* copie des actes transcrits sur leurs registres et celle des inscriptions subsistantes, ou certificat qu'il n'en existe aucune (1). A quoi il convient maintenant d'ajouter l'obligation faite au conservateur, par l'art. 5 de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, de délivrer sous sa responsabilité, lorsqu'il en est requis, l'*état spécial ou général* des transcriptions et mentions prescrites par les art. 1, 2 et 4 de la loi (2). — A cet égard, nous avons à nous expliquer sur la réquisition même et les personnes qui peuvent la faire, sur le mode suivant lequel elle doit être faite, et sur ce que doivent contenir les états délivrés par le conservateur.

1438. Sur le premier point, il n'y a pas d'équivoque possible; les termes mêmes de la loi coupent court à toute difficulté. Toutes personnes peuvent requérir des états de transcription ou d'inscription; cela résulte nettement tant du texte de l'art. 2196 du Code civil que de celui de l'art. 5 de la loi de 1855, et c'était une conséquence nécessaire du principe de la publicité, élément essentiel du régime hypothécaire. La publicité n'existerait pas, en effet, si toute personne n'avait pas le droit de recourir aux registres hypothécaires et d'obtenir des fonctionnaires qui les détiennent des états ou des certificats constatant la situation de la propriété. Les conservateurs n'auront donc pas à se préoccuper de l'intérêt légal du requérant; il suffit qu'un état soit requis pour que la délivrance en doive être faite *immédiatement* et *sans autres retards* que ceux commandés par la nécessité. L'art. 2199, dont nous parlions tout à l'heure, met sur la même ligne la délivrance des certificats ou des états et la formalité même de la transcription ou de l'inscription, en sorte que tout refus ou retardement autoriserait le requérant à prendre les mesures indiquées au nº 1436.

1439. En général, les réquisitions doivent être faites par écrit. Cela résulte d'une décision ministérielle du 6 janvier 1811, dont l'objet a été de prévenir la confusion qui pourrait naître des réquisitions verbales, et en même temps de couvrir la responsabilité du conservateur. Toutefois, si le requérant ne sait pas écrire, le conservateur doit, d'après une circulaire du 17 janvier 1811, reproduire en tête des états ou certificats par lui délivrés les termes dans lesquels la réquisition verbale lui a été faite, et, de plus, énoncer à l'article, dans le registre des salaires, que le requérant a déclaré ne pas savoir signer.

1440. Enfin les états ou certificats délivrés doivent être en rapport avec la réquisition. Donc, si le requérant a demandé d'une manière générale un certificat constatant l'état de la propriété, le conservateur

---

(1) La Décision ministérielle du 11 févr. 1865 et l'Instruction générale du 13 avr. suivant, déjà citées aux nºs 940 et 1007, fixent le nombre de lignes par page des états et certificats (*J. Pal.*, 1866, p. 111; S.-V., 66, 2, 35).

(2) Indiquons ici, pour mémoire, la loi transitoire du 9 juin 1865, laquelle faite dans un intérêt purement local, est relative aux inscriptions d'hypothèques dans les départements annexés, et a eu pour but de faire disparaître des états délivrés par les conservateurs les inscriptions inutiles, éteintes ou périmées. Voy. l'explication théorique et pratique de cette loi par M. Seligman, président du tribunal d'Annecy.

délivrera soit une *copie* intégrale des transcriptions et inscriptions (1), ou un certificat qu'il n'en existe aucune, selon l'expression de l'article 2196, soit *un simple extrait* indiquant sommairement les transcriptions et inscriptions (voy. *suprà*, n° 269), suivant que le requérant aura demandé l'état en l'une ou l'autre forme. Et comme le conservateur n'est pas juge du mérite des inscriptions existant sur ses registres, il les comprendra toutes dans l'état, même celles qui s'y trouveraient sans titre et celles qui ont été prises d'office (2). Seulement, il doit s'abstenir, comme nous le disons au n° 1035, d'y porter les inscriptions périmées (3) ; et même, quand elles ne sont pas périmées en ce qu'elles ont été renouvelées dans les dix ans (art. 2154), il doit se borner à relater l'inscription prise en renouvellement (4).

1441. Que si le requérant s'est borné à demander *un certificat partiel,* l'état ne doit pas excéder les termes de la réquisition. Cela est certain aujourd'hui quant aux états de transcription dont parle l'art. 5 de la loi du 23 mars 1855, puisque cet article exprime formellement que le conservateur doit délivrer, lorsqu'il en est requis, l'état *spécial* ou général, et que, suivant l'observation du rapporteur de la loi, le mot *spécial* a été ajouté « pour faire comprendre que l'on a le droit de désigner aux conservateurs des hypothèques la transcription dont on désire avoir la copie, à l'exclusion de toutes les autres qui auraient pu avoir lieu relativement au même immeuble. » Mais la règle est également applicable aux états dont il est question dans l'art. 2196.

---

(1) Ainsi, lorsqu'une inscription a été prise en la forme indiquée pour les hypothèques légales par les art. 2148 et 2150, avec mention qu'elle portait sur les immeubles, tout en déclarant qu'un certain immeuble précédemment vendu et désigné dans l'inscription en était exclu, il n'appartient pas au conservateur de se rendre juge de la validité et de la portée de cette déclaration d'exclusion : il doit comprendre dans le certificat l'inscription telle qu'elle a été libellée, et l'acquéreur n'est pas fondé à demander le retranchement dans ce certificat de l'inscription dont il s'agit. Cass., 6 déc. 1865 (*J. Pal.*, 1866, p. 288 ; S.-V., 66, 2, 117 ; Dall., 66, 1, 34) ; et, sur le renvoi, Limoges, 1er févr. 1869 (*J. Pal.*, 1869, p. 705 ; S.-V., 69, 2, 147). *Junge :* Paris, 10 juin 1873 (Dall., 74, 2, 18). Voy. néanmoins l'arrêt cassé de la Cour de Bordeaux du 24 juill. 1863 (*J. Pal.*, 1864, p. 409 ; S.-V., 64, 2, 47).

(2) Voy. Angers, 9 févr. 1827 ; Limoges, 15 févr. 1842 ; Rouen, 7 janv. 1848 ; Paris, 21 avr. 1842 et 17 nov. 1855 ; Trib. de Bazas, 9 août 1864 ; Trib. de Gray, 20 déc. 1871 (S.-V., 28, 2, 110 ; 42, 2, 216 et 419 ; 48, 2, 139 ; 56, 2, 96 ; 65, 2, 347 ; 71, 2, 183 ; Dall., 48, 2, 139 ; *J. Pal.*, 1848, t. II, p. 331 ; 1865, p. 1259). Voy. aussi MM. Baudot (t. II, p. 1673 et 1674) ; Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. V, p. 186, note 8) ; Aubry et Rau (t. II, p. 742 ; 4e édit., t. III, p. 292). Voy. cependant Paris, 23 nov. 1849 (S.-V., 49, 2, 686 ; *J. Pal.*, 1849, t. II, p. 567).

(3) Voy. Paris, 21 janv. 1814, et Rouen, 6 mars 1848 (*J. Pal.*, 1848, t. II, p. 539 ; S.-V., 48, 2, 478 ; Dall., 48, 2, 140).

(4) Rej., 4 avr. 1849 (S.-V., 49, 1, 512 ; *J. Pal.*, 1849, t. I, p. 643 ; Dall., 1849, t. I, p. 406). *Junge :* Dijon, 9 juill. 1868 (S.-V., 69, 2, 114 ; *J. Pal.*, 1869, p. 573) et Lyon, 8 mai 1873, rapporté par les Recueils, avec Req., 11 mars 1874 (S.-V., 74, 1, 337 ; *J. Pal.*, 1874, p. 865 ; Dall., 74, 1, 293). — Au surplus, toutes les fois que la demande d'un état d'inscription présente un doute qui ne peut être résolu que par une appréciation d'un point de droit ou par une interprétation d'acte, le conservateur a la faculté et le devoir de maintenir toutes les inscriptions qui s'appliquent aux personnes dénommées dans les contrats à lui soumis. Metz, 25 mars 1848 ; Paris, 22 févr. 1859 (S.-V., 59, 2, 410 ; Dall., 59, 2, 76 ; *J. Pal.*, 1849, p. 1095). *Comp.* Bordeaux, 6 avr. 1865 (*J. Pal.*, 1865, p. 1259 ; S.-V., 65, 2, 347) ; Riom, 18 avr. 1856 (S.-V., 67, 2, 113 ; *J. Pal.*, 1867, p. 473) ; Dijon, 24 févr. 1869 (Dall., 74, 2, 19).

C'est donc à tort qu'un jugement du Tribunal de Rouen, en date du 19 juillet 1847, a supposé que l'acquéreur, qui ne veut pas requérir l'état général de toutes les inscriptions existant sur l'immeuble par lui acquis, n'a pas le droit d'obtenir que le certificat qu'il réclame soit limité à telle catégorie de charges qu'il indique, par exemple à celles qui grèvent l'un des précédents propriétaires; et que même, quand il est requis ainsi de délivrer un état partiel, le conservateur n'est pas tenu d'accéder à la réquisition et doit comprendre toutes les charges dans le certificat qu'il délivre. Vainement le Tribunal s'autorise-t-il pour le décider ainsi des art. 2197 et 2198, aux termes desquels les conservateurs sont responsables, vis-à-vis des créanciers, des inscriptions qu'ils auraient omises dans les états. Ces articles, auxquels nous allons arriver (*infrà*, nos 1446 et suiv.), ne touchent pas à notre question. Ils proclament la responsabilité du conservateur pour les omissions commises dans leurs certificats ou états; mais ils se réfèrent à l'article 2196, dans lequel le principe est écrit, et ils supposent une réquisition faite au conservateur. Si donc aucune réquisition n'a été faite, ou si celle qui a été faite a été expressément limitée, par l'acquéreur, à une catégorie de charges grevant l'immeuble par lui acquis, le conservateur est à l'abri de toute responsabilité en ne délivrant pas de certificat ou en le délivrant dans les termes mêmes et dans la mesure où il a été requis. Si l'acquéreur veut courir les chances auxquelles l'expose la réquisition d'un certificat ou d'un état ainsi limité, c'est son affaire; personne n'y peut trouver à redire, et, dans tous les cas, le conservateur n'a pas à s'en préoccuper, parce qu'il a satisfait à la demande dans les termes mêmes où elle a été formulée et circonscrite. En cela, il s'est conformé aux circulaires ministérielles (Circulaire du 8 mai 1822) qui l'obligent à suivre, dans les états délivrés, la volonté clairement manifestée par les requérants, et, en présence de la réquisition restrictive qui lui a été faite, sa responsabilité, quoi qu'il arrive, sera complétement à couvert. La question a été résolue en ce sens par nombre de décisions, dont la dernière, émanée de la Cour d'Angers, est en ce moment déférée à la Cour de cassation (1).

V. — 1442. Indépendamment des obligations imposées aux conservateurs par les dispositions de ce chapitre, d'autres leur sont faites par des dispositions disséminées dans notre titre. Telle est notamment l'obligation imposée par l'art. 2108 de faire d'office l'inscription des

(1) Voy. Caen, 26 déc. 1848; Trib. de Saint-Omer, 18 janv. 1851 (*J. Pal.*, 1849, t. I, p. 367; S.-V., 49, 2, 669; Dall., 49, 2, 48; *Rec. des déc. adm. et jud.*, 1851, p. 216). Depuis la publication de notre première édition, l'arrêt de la Cour d'Angers a été cassé, mais pour un vice de forme (Cass., 27 juill. 1858; Dall., 58, 1, 389). Et puis, la Cour d'Orléans, saisie par le renvoi, et statuant en chambres réunies, a prononcé sur le fond, comme la Cour d'Angers, par un arrêt du 2 décembre 1858, contre lequel on s'est vainement pourvu devant la Cour de cassation. Le pourvoi a été rejeté par un arrêt qui confirme la doctrine ci-dessus. Voy. Rej., 26 juill. 1859 (Dall., 59, 1, 469; S.-V., 59, 1, 641; *J. Pal.*, 1859, p. 1089); Bourges, 5 nov. 1869 (*J. Pal.*, 1869, p. 199; S.-V., 70, 2, 22). *Comp.* Besançon, 13 août 1872, et Bordeaux, 17 août 1874 (Dall., 75, 2, 133). Voy. aussi MM. Flandin (nos 1287 et suiv.); Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. V, p. 186, note 8). *Junge :* Poitiers, 2 juill. 1860 (S.-V., 61, 2, 64; *J. Pal.*, 1861, p. 635), et M. Bonnet (*Rev. crit.*, t. XVII, p. 220).

créances résultant d'actes translatifs de propriété quand la transcription en est requise. Telle est encore l'obligation résultant de l'art. 2157, en ce qui concerne les réductions et radiations des inscriptions. Mais nous nous sommes expliqué avec détail sur ces points dans notre commentaire desdits articles; nous nous référons à nos précédentes observations (*suprà*, nos 268 et suiv., et nos 1069 et suiv.).

VI. — 1443. La publicité serait évidemment illusoire si les fonctionnaires chargés d'accomplir les formalités qui la constituent étaient dégagés de toute responsabilité. Aussi cette responsabilité a-t-elle été écrite de tout temps dans la loi; elle était établie par l'édit du 23 mars 1673 contre les greffiers chargés de l'enregistrement des oppositions formées par les créanciers hypothécaires; l'édit du 17 juin 1771 la consacrait également par son art. 24; le Code civil la rappelle et la maintient par divers articles de ce chapitre, et notamment par l'art. 2197 (1). Toutefois il y a, pour l'appréciation de cette responsabilité, des principes généraux et des règles particulières.

1444. Quant aux principes généraux, ils sont indiqués par M. Grenier, avec lequel on peut dire que « les devoirs imposés aux conservateurs sont très-pénibles, et que les suites en seraient funestes pour eux si l'on n'apportait un juste tempérament dans l'application des lois et des règlements qui les concernent. On doit d'autant plus être animé de cet esprit que la responsabilité est une espèce de peine qui, de sa nature, mérite plutôt d'être adoucie que d'être aggravée. »

(1) La loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime consacre virtuellement la responsabilité des receveurs des douanes auxquels elle a confié le service de la publicité en matière maritime. Il avait même été question d'y ajouter celle de l'Etat, conformément à la loi des 22 août-6 octobre 1791, d'après laquelle les agents des douanes, dans tous les services qu'ils accomplissent, engagent la responsabilité de l'administration des douanes pour les fautes qu'ils commettent dans l'exercice de leurs fonctions. (Voy. les observations de M. Alfred Dupont, qui a succédé, comme rapporteur, à M. Grivart.) Mais cette doctrine fut combattue dans la discussion. « L'Etat, avait dit M. Clapier, n'est pas responsable des fautes commises par les conservateurs des hypothèques immobilières. Bien que l'Etat perçoive le droit de 1 pour 1 000, la responsabilité ne remonte pas à lui. L'Etat n'est responsable des fautes commises par ses agents que quand il s'agit de la perception des deniers publics, parce qu'il s'agit alors de perceptions faites pour son compte, et que le receveur des douanes est son mandataire. Mais quand le receveur des douanes n'agit que dans un intérêt privé, de particulier à particulier, il n'est pas possible que l'Etat soit responsable. » Et M. Bottiau, qui partageait ces idées, proposa, dans la discussion, d'ajouter à la loi, jusque-là muette sur la question de responsabilité, une disposition ainsi conçue : « Le receveur des douanes sera seul responsable des fautes ou des erreurs qu'il pourra commettre. » La proposition a été acceptée, en principe, par la commission qui, pour dégager la responsabilité de l'Etat, a présenté et fait accepter par l'Assemblée une rédaction modifiée en ces termes, qui sont ceux du deuxième paragraphe de l'art. 30 de la loi : « La responsabilité de la régie des douanes, du fait de ses agents, ne s'applique pas aux attributions conférées aux receveurs par les dispositions qui précèdent. » Il résulte de là que les receveurs des douanes sont seuls responsables, comme M. Bottiau proposait de le dire, des fautes et des erreurs qu'ils peuvent commettre dans l'exercice de leurs nouvelles fonctions. Peut-être n'est-ce pas assez, et l'on peut dire, avec M. Tranquille Morel, que si la pensée qui a inspiré cette décision se conçoit dans l'état actuel de nos finances, il n'en est pas moins vrai que l'hypothèque maritime est, en définitive, un moyen de crédit dont le succès ne peut être assuré que par le concours de sérieuses garanties, et qu'à ce point de vue ce n'est pas suffisamment sauvegarder l'intérêt des tiers que leur offrir pour toute garantie une responsabilité qui, dans la plupart des cas, sera complétement illusoire. (Voy. *Comment. de la loi du 10 déc. 1874*, nos 74 et suiv.)

1445. Quant aux règles particulières, la responsabilité ne doit être reconnue et déclarée que dans la mesure du préjudice résultant, pour la partie, du fait ou de l'omission d'où on la fait découler, et qu'autant que le fait ou l'omission est imputable au conservateur. En effet, d'une part, la responsabilité pour le conservateur se traduit en dommages-intérêts mis à sa charge. Or les dommages-intérêts, qui sont la réparation d'un préjudice souffert, ne peuvent être alloués si, en fait, il n'y a pas eu de préjudice; et s'il y a eu préjudice, ils ne peuvent être alloués que dans la mesure du tort à réparer (1). D'une autre part, les dommages-intérêts ayant ici pour principe une contravention, il ne saurait en être prononcé dès qu'il n'y a pas de fait imputable au conservateur (2). La disposition finale de l'art. 2197 est positive en ce sens, quand elle dit que le conservateur est à l'abri de toute responsabilité si l'erreur provient de désignations insuffisantes qui ne peuvent lui être imputées.

VII. — 1446. Ceci dit, rappelons les cas de responsabilité spécialement indiqués par l'art. 2197. Les conservateurs sont responsables, dit-il, du préjudice résultant, 1° de l'omission sur leurs registres des transcriptions d'actes de mutation, et des inscriptions requises en leurs bureaux; 2° du défaut de mention dans leurs certificats d'une ou de plusieurs des inscriptions existantes. C'est la conséquence et le complément des principes posés dans les articles qui imposent au conservateur l'obligation d'inscrire et de transcrire et celle de délivrer des certificats ou des états d'inscription et de transcription. Nous n'avons pas à insister sur ces cas en eux-mêmes, si ce n'est pour dire que la responsabilité, bien qu'édictée spécialement pour les *omissions* commises par les conservateurs, doit être appliquée aux faits qui, pour n'être pas des omissions, n'en sont pas moins susceptibles de causer un préjudice. Ainsi, les conservateurs peuvent être déclarés responsables des erreurs qu'ils ont commises en comprenant dans un état par eux délivré des inscriptions s'appliquant à d'autres immeubles ou à d'autres propriétaires que ceux désignés dans la réquisition, alors que les documents qui étaient en leur possession suffisaient pour les préserver de cette erreur (3).

1447. Mais le second cas indiqué dans l'art. 2197 trouve dans l'article 2198 une déduction qu'il faut préciser. Aux termes de cet article, « l'immeuble à l'égard duquel le conservateur aurait omis dans ses

---

(1) Voy. les arrêts de la Cour de cass. des 22 avr. 1808, 4 avr. 1810, 19 avr. 1836, 3 janv. 1853 (S.-V., 36, 1, 562; 53, 1, 422; *J. Pal.*, 1854, t. I, p. 518; Dall., 53, 1, 15). — *Junge :* Bordeaux, 24 juin 1813; Angers, 16 août 1826; Grenoble, 21 août 1822 et 23 juin 1836; Lyon, 13 avr. 1832 (Dall., *Rec. alph.*, t. IX, p. 454 et suiv.; S.-V., 33, 2, 395; 38, 1, 1004).

(2) Le conservateur qui, déférant à la réquisition des parties, inscrit telle quelle sur les registres une cession d'antériorité de rang hypothécaire consentie par une femme mariée au profit d'un créancier postérieur, n'engage pas sa responsabilité bien que la cession soit annulable pour défaut d'autorisation maritale. Req., 6 juill. 1870 (S.-V., 70, 1, 421; *J. Pal.*, 1870, p. 1112).

(3) Voy. les deux arrêts rendus en ce sens par la chambre des requêtes, le 30 janv. 1867 (S.-V., 67, 1, 174; *J. Pal.*, 1867, p. 402; Dall., 67, 1, 302).

certificats une ou plusieurs des charges inscrites, en demeure, sauf la responsabilité du conservateur, affranchi dans les mains du nouveau possesseur, pourvu qu'il ait requis le certificat depuis la transcription de son titre; sans préjudice néanmoins du droit des créanciers de se faire colloquer suivant l'ordre qui leur appartient, tant que le prix n'a pas été payé par l'acquéreur, ou tant que l'ordre fait entre les créanciers n'a pas été homologué. » Ainsi, dans ce cas, le droit de suite est éteint au préjudice du créancier dont l'inscription a été omise dans l'état, et au profit du nouveau possesseur. Le créancier, cependant, n'est pas plus en faute que l'acquéreur; mais la loi, pour faciliter la circulation de la propriété, fait prévaloir ici le droit de propriété sur celui de créance. Seulement, elle ne veut atteindre que le *droit de suite;* et, consacrant elle-même l'indépendance du droit de suite et du droit de préférence, que la jurisprudence de la Cour de cassation avait si mal à propos confondus (voy. *suprà,* n° 1422), elle déclare positivement que le créancier déchu du droit de suite par le fait du conservateur pourra néanmoins exercer le droit de préférence, pourvu qu'il vienne réclamer son rang avant que le prix soit payé ou régulièrement distribué (1).

1448. Mais à quelle condition les choses se passeront-elles ainsi? Dans quel cas l'omission commise par le conservateur aura-t-elle pour effet d'éteindre, au profit du nouveau possesseur, le droit de suite attaché à l'hypothèque dont l'inscription a été omise? C'est seulement, d'après l'art. 2198, quand le nouveau possesseur a requis le certificat *depuis la transcription de son titre.* Et cette disposition, reproduite de la loi de brumaire, prouve une fois de plus que les rédacteurs du Code n'avaient pas pensé s'écarter du principe de cette loi en ce qui concerne la nécessité d'une transcription translative. S'il en était autrement, l'art. 2198, comme tant d'autres (*suprà,* nos 1252 et 1389), serait inexplicable. Si le contrat de vente était par lui-même translatif de la propriété même au regard des tiers, la situation hypothécaire de l'immeuble serait fixée à la date même de la vente, puisque le vendeur, désormais dépossédé, ne pourrait plus conférer d'hypothèque; et alors l'état à délivrer aurait dû être celui des charges de l'immeuble, non pas au moment de la transcription, mais bien au moment même de la vente.

VIII. — 1449. Complétons nos observations en rappelant les dispositions réglementaires par lesquelles les derniers articles de notre chapitre statuent sur la forme des registres, sur les contraventions et la sanction pénale qui s'y trouve attachée.

Tous les registres des conservateurs doivent être en papier timbré, cotés et paraphés à chaque page par première et dernière, par l'un des

---

(1) D'ailleurs les dispositions de l'art. 2198 ne doivent pas être étendues aux servitudes. En conséquence, l'omission dans l'état délivré à l'acquéreur de la mention d'une servitude régulièrement transcrite, lors de son établissement, n'a pas pour résultat de rendre la servitude sans effet à l'égard du nouveau propriétaire du fonds servant. Lyon, 10 déc. 1868.

juges du tribunal dans le ressort duquel le bureau est établi, et ils doivent être arrêtés chaque jour comme ceux d'enregistrement des actes.

1450. Les conservateurs sont tenus de se conformer, dans l'exercice de leurs fonctions, à toutes les dispositions du présent chapitre, à peine d'une amende de 200 à 1 000 francs pour la première contravention, et de destitution pour la seconde; sans préjudice des dommages et intérêts des parties, lesquels seront payés avant l'amende.

Enfin les mentions de dépôt, les inscriptions et transcriptions doivent être faites sur les registres, de suite, sans aucun blanc ni interligne, à peine, contre le conservateur, de 1 000 à 2 000 francs d'amende, et des dommages et intérêts des parties, payables aussi par préférence à l'amende.

TITRE XIX

DE L'EXPROPRIATION FORCÉE ET DES ORDRES ENTRE LES CRÉANCIERS.

(Décrété le 19 mars 1804. — Promulgué le 29.)

CHAPITRE PREMIER

DE L'EXPROPRIATION FORCÉE.

SOMMAIRE.

I. 1. Les dispositions du présent titre n'ont pas toute la portée que la rubrique paraît supposer. Elles ont trait seulement à la saisie et à la vente en justice, à la requête des créanciers, des biens immeubles de leur débiteur. — 2. Elles formulent à peu près exclusivement des règles de procédure. Transition et division.

I. — 1. Le législateur place dans ce chapitre une série de dispositions dont l'objet n'a pas toute l'étendue que la rubrique suppose. A prendre les mots dans leur acception ordinaire, l'*expropriation forcée* comprendrait non-seulement la vente en justice des biens, soit meubles, soit immeubles, d'un débiteur, mais encore la cession par un propriétaire de son immeuble, pour cause d'utilité publique. D'une part, cependant, l'expropriation pour cause d'utilité publique est régie par des lois particulières et n'a rien de commun avec la matière dont nous allons nous occuper ; d'une autre part, la vente forcée des meubles est réglée par divers titres du Code de procédure et ne se rattache en aucune manière à notre chapitre; en sorte qu'il n'est question ici que de la saisie et de la vente en justice, à la requête des créanciers, des biens immobiliers de leur débiteur.

D'après cela, les rédacteurs du Code se fussent exprimés avec plus d'exactitude en intitulant ce chapitre : « De l'Expropriation par voie de saisie immobilière. » Toutefois il y avait une raison pour qu'ils n'adoptassent pas cette terminologie, admise plus tard par les rédacteurs du Code de procédure : c'est qu'en 1804, quand le Code civil fut rédigé,

l'expropriation des immeubles du débiteur sur les poursuites des créanciers s'opérait sans saisie. La loi du 9 messidor an 3, et, depuis, celle du 11 brumaire an 7, avaient supprimé les anciennes saisies réelles; et les ventes étaient poursuivies après un simple commandement et une apposition d'affiches valant saisie. Ceci ne sera pas indifférent pour l'interprétation de quelques-uns des textes qui vont suivre; quant à présent, bornons-nous à faire remarquer qu'à l'exemple des rédacteurs de la loi de brumaire, ceux du Code civil, qui d'ailleurs réservaient au Code de procédure le soin d'organiser les poursuites par voie d'exécution sur les immeubles du débiteur, étaient amenés à suivre et à maintenir la terminologie que la loi de l'an 3 avait introduite.

2. Mais on peut adresser à notre chapitre une critique plus sérieuse. Les dispositions qu'il contient formulent à peu près exclusivement des régles de procédure qui, à ce titre, ne devaient pas trouver place dans un code civil. On peut être surpris surtout de les voir comme une annexe au titre *Des Priviléges et Hypothèques,* qu'elles suivent immédiatement dans le Code civil, de même que, dans la législation de l'an 7, la loi du 11 brumaire sur le *régime hypothécaire* fut immédiatement suivie d'une autre loi, à la même date, sur l'expropriation forcée. En effet, si l'expropriation est le but final de l'hypothèque et du privilége (voy., au commentaire du titre précédent, les nos 1127, 1129, 1141), elle n'est pas cependant exclusivement liée au régime hypothécaire, puisqu'il n'est pas nécessaire d'avoir un privilége ou une hypothèque pour être en possession du droit d'exécuter, par voie de saisie, les biens immobiliers d'un débiteur (*infrà,* n° 43).

Quoi qu'il en soit, il ne faut pas s'exagérer la portée de ce défaut de méthode : en définitive, les articles dont nous avons à présenter le commentaire ne pénètrent pas dans les détails du sujet; ils en posent seulement les règles les plus générales. Ce sont ces règles que nous allons parcourir. Nous dirons donc successivement quels biens peuvent être frappés d'expropriation forcée, contre qui et dans quel tribunal l'expropriation forcée peut être poursuivie, par qui et en vertu de quels titres elle peut être poursuivie, enfin les conditions que doivent remplir ceux qui forment une poursuite en expropriation.

2204. — Le créancier peut poursuivre l'expropriation, 1° des biens immobiliers et de leurs accessoires réputés immeubles appartenant en propriété à son débiteur; 2° de l'usufruit appartenant au débiteur sur les biens de même nature.

SOMMAIRE.

I. 3. Les seuls biens qui puissent être frappés de saisie immobilière et expropriés par cette voie sont ceux qui sont susceptibles d'être hypothéqués. Renvoi. — 4. La règle prévaut contre la clause par laquelle le donateur ou le testateur déclarerait insaisissable l'immeuble par lui donné ou légué. Renvoi. — 5. Elle comporte pourtant certaines limitations

I. — 3. Cet article, le premier de ceux qui déterminent les biens

susceptibles d'être saisis immobilièrement, pose une règle générale à laquelle les articles suivants feront diverses limitations.

Mais notons, quant à présent, qu'il offre avec l'art. 2118, énumérant les biens *susceptibles d'hypothèque,* une remarquable similitude de rédaction. Nous avons dit, en conséquence, dans notre Commentaire des Priviléges et Hypothèques (n° 355), que parmi les biens immobiliers appartenant au débiteur, ceux-là seuls peuvent être hypothéqués qui peuvent être saisis immobilièrement et vendus aux enchères. Or la réciproque est également vraie; le rapprochement ou la comparaison de l'art. 2204 avec l'art. 2118 ne peut laisser aucun doute à cet égard.

Cette simple observation tranche d'un mot les nombreuses questions qui s'élèvent sur cet article, ou du moins elle nous permet de ne pas nous arrêter à ces questions. En effet, en précisant, dans notre commentaire de l'art. 2118, les biens qui peuvent être grevéshypothécairement, nous avons par cela même indiqué les biens qui peuvent être frappés de saisie immobilière. Nous pouvons donc nous référer ici à notre commentaire de l'art. 2118 (1).

4. Rappelons aussi que la règle posée par l'art. 2204, en ce qui concerne les biens dont l'expropriation peut être poursuivie, prévaut contre les clauses assez fréquentes par lesquelles des immeubles donnés entre-vifs ou légués sont déclarés par le donateur ou le testateur insaisissables entre les mains du donataire ou du légataire. Elle n'y prévaut cependant que dans une certaine mesure, en ce sens qu'elle est sans effet, sinon pour le passé, quant aux biens dont le donateur ou le testateur avait l'entière disposition et à l'égard des créanciers antérieurs du donataire ou du légataire (2), au moins pour l'avenir, parce qu'il ne saurait appartenir à la volonté de l'homme, si ce n'est dans les cas prévus par la loi, de placer les biens hors du commerce (3). C'est ce que nous expliquons dans notre Commentaire des Priviléges et Hypothèques (voy. n° 617).

5. Toutefois, quelque générale qu'elle soit, la règle comporte certaines limitations; ces limitations sont formulées par la loi elle-même dans les articles qui vont suivre.

2205. — Néanmoins la part indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une succession ne peut être mise en vente par ses créanciers personnels, avant le partage ou la licitation qu'ils peuvent provoquer s'ils le jugent convenable, ou dans lequel ils ont le droit d'intervenir conformément à l'article 882, au titre *Des Successions*.

---

(1) Voy. les nos 347 et suiv. du titre précédent. — Voy. aussi Rej., 7 avr. 1862 (S.-V., 62, 1, 459; *J. Pal.*, 1862, p. 997).
(2) Voy. Rej., 10 mars 1852 (Dall., 52, 1, 111; *J. Pal.*, 1852, t. II, p. 41). Voy. aussi un arrêt de la Cour de Dijon, du 27 mai 1857, rapporté à sa date dans le Recueil des arrêts de cette Cour.
(3) Voy. Douai, 29 déc. 1847 (Dall., 48, 2, 68).

SOMMAIRE.

I. 6. Cette disposition dérive du principe posé dans l'art. 883 du Code civil, relativement à la nature et aux effets du partage et de la licitation. — 7. La prohibition de la loi porte non pas seulement sur la *mise en vente*, mais encore sur la *saisie elle-même*. — 8. Elle ne doit pas non plus être limitée à l'indivision entre cohéritiers; — 9. Néanmoins elle ne s'étend pas à l'indivision à titre particulier qui ne porterait que sur un immeuble. — 10. Des créanciers auxquels s'adresse la prohibition de la loi. — 11. Suite. — 12. Quelles personnes peuvent invoquer la nullité de l'expropriation faite contrairement à cette prohibition.

I. — 6. Cette première limitation faite par l'art. 2205 à la règle générale de l'article précédent dérive principalement de la disposition de l'art. 883 du Code civil sur la nature et les effets du partage. La licitation et le partage étant, dans notre droit, purement déclaratifs de propriété, l'adjudication qui serait faite de la part indivise de l'un des copropriétaires pourrait se trouver anéantie par l'attribution de l'immeuble en entier à un autre copropriétaire. La loi devait donc, dans une telle éventualité, prohiber une expropriation dont le résultat tout conditionnel aurait nécessairement pesé sur les enchères, et aurait fait que le bien exproprié n'aurait pas été porté à sa juste valeur.

7. Du reste, la prohibition a une portée moins limitée que le texte ne le ferait croire.

D'un côté, l'art. 2205 prohibe la *mise en vente* d'une part indivise d'immeubles avant le partage ou la licitation : d'où l'on a conclu que les créanciers personnels du copropriétaire pourraient procéder *à la saisie* même avant le partage ou la licitation, sauf à attendre pour suivre sur la vente (1). Mais l'esprit de la loi est contraire à cette conclusion qui même ne saurait s'appuyer sur le texte. En effet, si la loi défend l'adjudication ou la vente parce qu'elle ne serait pas faite dans des conditions assez favorables, et qu'en outre elle pourrait être anéantie par le résultat du partage ou de la licitation, elle ne peut évidemment avoir voulu permettre une saisie qui elle-même serait soumise aux mêmes éventualités, et dès lors pourrait n'aboutir qu'à des frais frustratoires. Maintenant que la loi parle de la *mise en vente* et non de la *saisie*, cela ne tire pas à conséquence si l'on réfléchit qu'il n'était plus question de *saisir* au moment où le Code civil a été rédigé (*suprà*, n° 1), et qu'il n'y avait pas dès lors à mentionner dans la loi une voie d'exécution abolie par les lois intermédiaires et dont le rétablissement n'a eu lieu que deux ans plus tard. Il faut donc admettre que, dans la pensée du législateur de l'époque, les expressions *mise en vente* s'entendaient de toute la procédure d'expropriation. Et nous en avons la preuve certaine dans les art. 2213 et 2215 : là, c'est l'*adjudication* seule qui est réservée par la loi; or le législateur a soin d'employer l'expression technique, et se garde de parler de la *mise en vente*, qui, pour lui, constitue l'ensemble de la procédure (2).

(1) Voy. Rej., 14 déc. 1819; Lyon, 9 janv. 1833; Poitiers, 20 août 1835 (S.-V., 33, 2, 106; 35, 2, 478). *Comp.* Req., 29 déc. 1858 (S.-V., 59, 1, 607; Dall., 59, 1, 107).
(2) Voy. Nîmes, 10 févr. 1823; Rej., 3 juill. 1826 (Dall., 26, 1, 399). Voy. aussi

8. D'un autre côté, l'art. 2205 ne statue *in terminis* que pour l'hypothèse de l'indivision *entre cohéritiers,* d'où l'on a conclu aussi qu'il ne doit pas être étendu aux autres cas d'indivision, par exemple à l'indivision à titre de communauté ou de société (1). Mais, en thèse générale, il y a lieu d'étendre jusque-là la prohibition de la loi, parce que les motifs sont exactement les mêmes, le principe de l'art. 883 du Code civil gouvernant la situation dans tous ces cas. On peut dire, il est vrai, que l'art. 2205 contient une disposition exceptionnelle qui, par cela même, n'est pas susceptible d'être étendue par analogie. Mais la réponse est que les art. 1476 et 1872, en rendant communes aux partages entre associés ou entre époux les règles du partage des successions, ont attribué également les mêmes effets à l'indivision qui se produit dans ces diverses hypothèses (2).

9. Il est un cas cependant où la disposition de l'art. 2205 ne serait pas susceptible de recevoir application : c'est celui où l'indivision existerait à titre particulier et ne porterait que sur un immeuble. Ainsi, après un partage de succession, il arrive qu'un immeuble unique est attribué en commun à deux cohéritiers : dans ce cas, chacun des copropriétaires pourrait aliéner sa part et se substituer à l'acquéreur d'une manière incommutable dans l'indivision. Nous n'avons donc pas ici les motifs qui ont fait édicter l'art. 2205, et par conséquent les tribunaux ne pourraient se dispenser d'admettre l'expropriation par voie de saisie immobilière de la portion appartenant à l'un des deux propriétaires (3).

10. Remarquons, d'ailleurs, que l'art. 2205 parle seulement des *créanciers personnels* de l'un des cohéritiers pour leur interdire le droit de mettre en vente sa part indivise avant le partage, qu'au surplus ils peuvent provoquer ou dans lequel ils peuvent intervenir (4). Il faut conclure de là qu'un créancier du défunt, ou plus généralement un créancier de tous les copropriétaires pour une dette commune, pourrait, au contraire, poursuivre l'expropriation forcée d'un immeuble indivis. L'aliénation consentie par tous les copropriétaires serait valable et définitive; l'adjudication sur expropriation poursuivie contre tous le serait également. La loi elle-même suppose qu'il en peut être ainsi;

Cass., 22 juill. 1822; Metz, 12 juill. 1822; Pau, 10 déc. 1832; Riom, 29 mai 1843 (S.-V., 33, 2, 240; 44, 2, 243).

(1) Voy. Grenoble, 15 mars 1855 (S.-V., 55, 2, 196; *J. Pal.*, 1855, t. II, p. 164; Dall., 55, 2, 301).

(2) Voy. Douai, 2 mai 1848 (S.-V., 49, 2, 393; *J. Pal.*, 1850, t. I, p. 401; Dall., 49, 2, 184).

(3) Voy. Liége, 23 janv. 1834 (Dall., 35, 2, 33). Voy. aussi Metz, 12 juill. 1822; Lyon, 14 févr. 1839 (S.-V., 40, 2, 321). *Junge :* Cass., 29 juin 1859; Req., 2 déc. 1862; Pau, 8 mars 1865 (*J. Pal.*, 1860, p. 551; 1863, p. 828; 1865, p. 455; S.-V., 63, 1, 255; 65, 2, 90; Dall., 63, 1, 151). Voy. aussi MM. Aubry et Rau (t. V, p. 15). — Voy. cependant Metz, 28 janv. 1818; Bordeaux, 7 avr. 1840 (S.-V., 40, 2, 521).

(4) D'ailleurs, la qualité de créancier, qui autorise celui qui en est revêtu à intenter l'action en partage d'une succession intéressant son débiteur, résulte suffisamment d'une condamnation pénale prononcée pour un délit : on objecterait vainement qu'il y a là un principe, non un titre de créance. Arrêt de la Cour de cass. du 5 avr. 1865 (S.-V., 65, 1, 375; *J. Pal.*, 1865, p. 972).

car l'art. 2207, auquel nous allons arriver, admet, pour une dette commune, l'expropriation d'un immeuble appartenant à un majeur et à un mineur, sans distinguer entre les diverses causes d'indivision.

Toutefois, si l'un des cohéritiers ou copropriétaires avait payé sa part dans la dette commune, il n'y aurait plus que les parts appartenant aux autres qui seraient soumises aux poursuites des créanciers; et, comme ces parts sont indivises, les poursuites ne seraient pas possibles avant le partage ou la licitation. Ceci, bien entendu, s'applique seulement au cas où il s'agit d'une dette purement chirographaire. Il en serait autrement si la dette était garantie par une hypothèque; le payement d'une portion n'en laisserait pas moins subsister l'hypothèque sur le tout et du chef de tous (voy. notre commentaire des art. 2114 et 2180, *suprà*, nos 335 et 1229). Et de même que cette hypothèque, qui survivrait au partage, permettrait de saisir l'immeuble en quelque lot qu'il fût tombé, de même elle autoriserait l'expropriation forcée durant l'indivision.

11. Aussi peut-on se demander, dans le cas où il s'agit d'une dette de succession, si, par l'effet de la séparation des patrimoines, le créancier du défunt ne conserve pas, nonobstant le payement par l'un des héritiers de sa part dans la dette, le droit de saisir un immeuble quelconque de l'hérédité. La solution dépend du parti que l'on prendra sur la nature et les effets de la séparation des patrimoines. Suivant qu'on la considérera comme conférant au créancier un véritable droit hypothécaire, ou comme attribuant un simple droit de préférence vis-à-vis des créanciers personnels de chaque héritier, on décidera, par la distinction que nous venons d'établir entre la dette chirographaire et la dette hypothécaire, que le droit de saisir existe ou n'existe pas. Quant à nous, qui avons envisagé la séparation des patrimoines comme n'étant pas constitutive d'un véritable privilége, c'est-à-dire d'une hypothèque privilégiée (voy. notre commentaire du titre précédent, no 299), nous estimons que le payement fait par un cohéritier de sa part dans la dette libère complétement sa part indivise dans les immeubles, et que le créancier, même en invoquant le bénéfice dont nous parlons, n'a droit de poursuivre que les portions des autres, ce qu'il ne peut faire qu'après le partage ou la licitation (1).

12. Complétons nos observations sur l'art. 2205 en disant que la nullité de l'expropriation faite contrairement à la prohibition de cet article peut être invoquée non-seulement par les copropriétaires du débiteur saisi, mais aussi par le saisi lui-même. Il existe, en sens contraire, quelques décisions dont la pensée paraît être dans cette idée que la prohibition établie par la loi a pour cause unique le droit des copropriétaires du débiteur (2). C'est là une confusion. Ce droit du copropriétaire est bien la cause première de la prohibition, en raison de l'incertitude qu'il ferait planer sur les résultats de l'adjudication;

(1) Voy. là-dessus Paris, 10 mai 1811; Bastia, 22 mars 1829; Lyon, 11 févr. 1841; Besançon, 30 nov. 1859 (S.-V., 41, 2, 239; *J. Pal.*, 1860, p. 95).
(2) Voy. Agen, 9 janv. 1812; Paris, 23 août 1816.

mais la prohibition n'en est pas moins établie dans l'intérêt du saisi lui-même, et pour lui épargner le préjudice qu'il subirait par suite d'une expropriation suivie contre lui en de telles circonstances (1).

2206. — Les immeubles d'un mineur, même émancipé, ou d'un interdit, ne peuvent être mis en vente avant la discussion du mobilier.

2207. — La discussion du mobilier n'est pas requise avant l'expropriation des immeubles possédés par indivis entre un majeur et un mineur ou interdit, si la dette leur est commune, ni dans le cas où les poursuites ont été commencées contre un majeur, ou avant l'interdiction.

SOMMAIRE.

I. 13. Origine et motifs de cette seconde limitation à la règle de l'art. 2204. — 14. Caractère de la disposition : c'est une prohibition qu'elle fait au créancier du mineur ou de l'interdit, et non pas une exception dont elle ait entendu armer ces derniers; conséquences. — 15. La prohibition porte non-seulement sur la vente elle-même, mais encore sur les poursuites qui doivent la précéder. Ce qu'il faut comprendre dans le mobilier que le créancier doit discuter préalablement.

II. 16. La prohibition écrite dans la loi n'est pas absolue. Il est certains cas où la discussion préalable du mobilier serait inutile et devient sans objet. — 17. Suite. — 18. En outre, la loi elle-même dispense formellement le créancier de la faire : 1° dans le cas où un immeuble appartenant par indivis à un majeur et à un mineur est saisi pour une dette qui leur est commune; 2° dans le cas où les poursuites commencées contre un majeur sont continuées contre ses héritiers mineurs ou contre lui-même, ultérieurement frappé d'interdiction.

I. — 13. Dans l'ancien droit français, il était de règle, conformément aux principes du droit romain, que le créancier ne pût saisir réellement les biens immeubles de son débiteur qu'il n'eût auparavant discuté ses biens meubles (l. 15, § 2, ff. *De re judicatâ*). C'était une protection spéciale pour la propriété immobilière. Toutefois, il arriva souvent que les débiteurs de mauvaise foi s'en firent une arme pour tenir en échec des poursuites légitimes : aussi l'ordonnance de 1539, généralisant une règle qui avait déjà été reçue dans quelques coutumes, disposa, par son art. 74, que désormais il n'y aurait plus lieu nulle part à la discussion préalable du mobilier.

Mais une dérogation était admise en faveur des mineurs à cette disposition de l'ordonnance. « Cette dispense de la discussion du mobilier, dit Pothier, a lieu lorsque le débiteur est majeur; mais lorsqu'il est mineur, il faut discuter ses meubles avant que de saisir ses immeubles, car l'esprit de l'ordonnance, en dispensant de la discussion des meubles, n'a pas été de déroger aux lois qui ne permettent pas l'aliénation des immeubles d'un mineur, tant qu'il n'est pas justifié par cette discussion qu'il n'y a pas eu d'autre moyen pour acquitter les dettes. » (2)

---

(1) Voy. Besançon, 21 juin 1810; Nîmes, 10 févr. 1823; Lyon, 9 janv. 1833 (S.-V., 33, 2, 381).

(2) Voy. Pothier (*Proc. civ.*, part. 4, chap. 2, sect. 5, art. 2, § 2, édit. Bugnet, t. X, n° 537).

C'est cette dérogation aux principes de l'ordonnance de 1539 que l'art. 2206 du Code civil a recueillie, qu'il a étendue aux interdits et dont il a fait la deuxième limitation à la règle posée dans l'art. 2204. Cela se justifie par la faveur toute spéciale à laquelle ont droit les mineurs et les interdits. La loi veut assurer au mineur, même émancipé, et à l'interdit la conservation de leurs immeubles, dont la propriété est généralement plus avantageuse que celle des meubles, toutes les fois que leur mobilier est suffisant pour désintéresser les créanciers. C'est pourquoi ceux-ci ne peuvent procéder par la voie de la saisie immobilière contre leur débiteur en état de minorité ou d'interdiction, sans avoir au préalable discuté le mobilier.

14. La prohibition établie par la loi est directe et formelle. Il ne s'agit pas ici de cette exception de discussion que la partie poursuivie doit opposer *sur les premières poursuites :* c'est d'un droit direct, et non pas d'une exception, que les mineurs et les interdits sont armés par la loi. Le créancier poursuivant devra donc se régler là-dessus; et, s'il omet de discuter préalablement le mobilier de son débiteur, mineur ou interdit, les poursuites qu'il aura dirigées contre les immeubles seront annulées quand même le tuteur de l'incapable ne les aurait pas arrêtées en requérant la discussion du mobilier. Seulement, en présence de l'art. 728 du Code de procédure, la nullité résultant du défaut de discussion du mobilier ne pourrait pas être opposée en appel après l'adjudication.

15. La prohibition de la loi est générale tant au point de vue des actes auxquels elle s'étend qu'au point de vue du mobilier dont la discussion est exigée préalablement à l'expropriation des immeubles.

D'une part, en effet, la prohibition porte non pas seulement sur l'adjudication elle-même, mais encore sur les poursuites qui doivent la précéder. A la vérité, le législateur, ici comme dans l'art. 2205, parle simplement de la *mise en vente;* mais nous savons que ces expressions, dans la pensée des rédacteurs du Code civil, désignent l'ensemble de la procédure, en sorte qu'ici, comme à propos de l'art. 2205, il faut dire, et par les mêmes motifs (*suprà,* n° 7), que ce n'est pas seulement la vente des immeubles que le créancier doit s'interdire tant qu'il n'a pas satisfait à la condition de la loi, mais encore les poursuites de saisie immobilière qui doivent conduire à la vente (1). Bien entendu, nous laisserons à l'écart le commandement qui, étant lui-même un acte préalable à ces poursuites (art. 2217), pourrait très-bien être fait avant toute discussion du mobilier (2).

D'une autre part, la loi n'excepte rien du mobilier dont elle exige la discussion préalable, et par conséquent toutes choses comprises dans la classe des meubles, sauf celles qui, en vertu de règles spéciales, ne sont pas saisissables, comme les rentes sur l'État, devront être discu-

(1) Voy. Agen, 18 mars 1857 (S.-V., 57, 2, 385; *J. Pal*, 1858, p. 902). Voy. aussi MM. Taulier (t. VII, p. 431); Aubry et Rau (t. V, § 581, note 50). — Voy. cependant MM. Pigeau (*Proc. civ.*, t. II, p. 212); Delvincourt (t. I, p. 461).

(2) Voy. les autorités citées à la note précédente.

tées préalablement à la saisie et à la vente des immeubles : ainsi en sera-t-il des créances appartenant au mineur ou à l'interdit et des rentes qu'il pourrait avoir sur des particuliers.

II. — 16. Mais si la prohibition de la loi est générale, elle n'est pas absolue. Il est telles hypothèses où la discussion préalable du mobilier serait sans objet et complétement inutile. Par exemple, s'il était démontré par un acte non équivoque, comme un inventaire, ou par une délibération du conseil de famille, que le mobilier du mineur est sans consistance, et, dans tous les cas, insuffisant pour désintéresser le poursuivant, celui-ci ne pourrait pas être blâmé pour avoir passé outre sans s'arrêter à une discussion préalable qui n'aurait pas assuré au mineur ou à l'interdit la conservation de ses propriétés immobilières, et aurait eu pour résultat unique de multiplier les frais.

17. De même si, après une première discussion du mobilier, laquelle a démontré que les meubles du mineur ou de l'interdit n'étaient pas suffisants pour acquitter sa dette, il survenait d'autres meubles au débiteur, le créancier n'aurait pas à s'arrêter dans ses poursuites de saisie immobilière pour procéder à la discussion préalable de ce nouveau mobilier. C'était la règle de l'ancienne jurisprudence. « Il suffit, dit Pothier, qu'on ait discuté les biens mobiliers du mineur pour que la saisie réelle des immeubles soit valable ; un mineur ne pourrait pas alléguer que la saisie réelle est nulle, sur le prétexte que, depuis cette première discussion, il lui est survenu un mobilier suffisant pour acquitter ses dettes, car le créancier n'est point obligé de prendre garde, à chaque procédure qu'il fait, si le mineur n'a point acquis de mobilier ; cette seule discussion suffit, et cela a été jugé par arrêt du 14 mars 1600, que Brodeau rapporte. » (1) La décision est bonne à suivre encore aujourd'hui.

18. Il y a plus : la loi elle-même, dans deux cas particuliers que l'art. 2207 précise, relève le créancier de l'obligation à lui imposée par l'art. 2206.

Le premier cas est celui où un immeuble appartenant par indivis à un majeur et à un mineur est saisi pour une dette qui leur est commune. Dans l'ancienne jurisprudence, la saisie réelle devait, à défaut de discussion préalable du mobilier, être annulée pour la part du mineur, tandis qu'elle subsistait pour celle du majeur. Mais cette solution devenait inconciliable avec la règle qui n'admet pas aujourd'hui l'expropriation forcée d'une part indivise ; et comme, d'un autre côté, la loi ne pouvait faire profiter le majeur, au détriment de son créancier, des immunités accordées aux incapables, elle a été amenée à se départir pour ce cas particulier de la protection qu'elle donne à ces derniers.

Le second cas est celui où les poursuites commencées contre un majeur capable doivent, par l'effet du décès de celui-ci ou de son interdiction, être continuées contre ses héritiers mineurs ou contre lui-même après qu'il a été frappé d'incapacité. Le législateur a pensé, avec raison,

(1) Voy. Pothier (*loc. cit.*, édit. Bugnet, t. X, n° 540).

que la situation du créancier ne doit pas être aggravée par le décès ou le changement d'état de son débiteur. Ajoutons que l'excès de protection ici tournerait au préjudice de l'incapable lui-même, en ce que la nécessité pour le créancier de s'arrêter au cours d'une saisie réelle arrivée peut-être à son terme, et de revenir en arrière pour procéder à une discussion préalable du mobilier, occasionnerait des frais qu'en définitive les débiteurs auraient à supporter.

2208. — Voy. *infrà,* nos 31 et suiv.

2209. — Le créancier ne peut poursuivre la vente des immeubles qui ne lui sont pas hypothéqués, que dans le cas d'insuffisance des biens qui lui sont hypothéqués.

SOMMAIRE.

I. 19, 20. Cette troisième limitation à la règle de l'art. 2204 s'applique à ceux qui ont un privilége spécial sur un ou plusieurs immeubles. Comment le créancier doit-il prouver l'insuffisance des biens hypothéqués? — 21. Du reste, il peut toujours rentrer dans le droit commun en renonçant à son hypothèque.

I. — 19. On pourrait dire, pour expliquer cette troisième limitation faite par l'art. 2209 à la règle de l'art. 2204, que l'intention probable des parties, en conférant au créancier une garantie spéciale sur certains biens, a été de réserver au débiteur la libre disposition des autres jusqu'à la preuve de l'insuffisance des biens spécialement affectés. Toutefois l'explication n'est pas satisfaisante, car on peut tout aussi bien dire, en sens inverse, que le créancier, en stipulant une sûreté particulière, n'a pas dû avoir la pensée de renoncer aux droits que la loi commune et son titre lui confèrent sur tous les biens de son débiteur.

Aussi ne faut-il pas se montrer trop favorable au débiteur dans l'application de l'art. 2209, qui ne s'explique guère et qui, en lui-même, constitue déjà une faveur considérable pour lui.

A ce point de vue, nous ne pouvons qu'approuver l'opinion, dominante d'ailleurs en doctrine et en jurisprudence, d'après laquelle le créancier n'est pas obligé de discuter préalablement les immeubles hypothéqués et d'attendre le résultat de la discussion pour diriger des poursuites contre les autres biens. La loi exige seulement que l'insuffisance des immeubles hypothéqués soit établie. Or, elle peut être établie de toute autre manière que par la discussion préalable de ces immeubles. Les juges apprécieront; et leur appréciation se fera d'après les circonstances, sans que, dans le silence de la loi, on puisse dire que la preuve incombe d'une manière absolue à l'une ou à l'autre partie (1).

20. Du reste, la limitation faite par l'art. 2209 aux droits du créancier est incontestablement opposable à celui qui a un privilége spécial sur un ou plusieurs immeubles, non moins qu'à celui qui a une hypo-

---

(1) Voy. Rej., 27 juin 1827, 6 févr. 1843 (S.-V., 43, 1, 414). Voy. aussi Toulouse, 26 juill. 1834; Pau, 9 mai 1837 (S.-V., 35, 2, 232; 38, 2, 51).

thèque; car, au fond, le privilége n'est qu'une hypothèque privilégiée.

21. Mais, dans tous les cas, il est hors de doute que le créancier pourrait, en renonçant à son privilége ou à son hypothèque, échapper à l'application de l'art. 2209; il rentrerait par là dans les conditions du droit commun et pourrait saisir indistinctement tous les immeubles de son débiteur.

2210. — La vente forcée des biens situés dans différents arrondissements ne peut être provoquée que successivement, à moins qu'ils ne fassent partie d'une seule et même exploitation.

Elle est suivie dans le tribunal dans le ressort duquel se trouve le chef-lieu de l'exploitation, ou à défaut de chef-lieu, la partie de biens qui présente le plus grand revenu, d'après la matrice du rôle.

2211. — Si les biens hypothéqués au créancier, et les biens non hypothéqués, ou les biens situés dans divers arrondissements, font partie d'une seule et même exploitation, la vente des uns et des autres est poursuivie ensemble, si le débiteur le requiert; et ventilation se fait du prix de l'adjudication, s'il y a lieu.

SOMMAIRE.

I. 22. En principe, le créancier peut faire vendre les immeubles de son débiteur en masse et sans s'astreindre à aucun ordre. Pourquoi il en est autrement et pourquoi la vente ne peut être provoquée que successivement, quand les immeubles sont situés dans divers arrondissements.

II. 23. Toutefois la restriction n'est pas absolue; la loi elle-même y fait deux exceptions : 1° la vente de plusieurs immeubles situés dans divers arrondissements peut être provoquée simultanément, lorsque ces immeubles font partie d'une même exploitation; — 24. 2° Même quand ils ne font pas partie d'une même exploitation, les immeubles situés dans divers arrondissements peuvent être vendus simultanément, s'ils sont d'une valeur inférieure au montant des créances du saisissant et des autres créanciers inscrits (l. 14 nov. 1808).

III. 25. D'ailleurs le débiteur lui-même, quand il y a intérêt, peut requérir que l'expropriation se fasse en bloc. — 26. De la ventilation du prix d'adjudication quand il y a lieu. — 27. De la règle de compétence établie par l'art. 2210. Renvoi.

I. — 22. En principe, le créancier, qui a pour gage les biens de son débiteur, peut les saisir et les faire vendre simultanément, sans qu'il ait à se soumettre à aucun ordre dans les poursuites qu'il veut exercer. Mais ce droit du créancier peut avoir les conséquences les plus fâcheuses lorsqu'il arrive que les biens du débiteur sont situés dans différents arrondissements. La nécessité de s'adresser alors à plusieurs tribunaux conduit à un surcroît de dépens et de frais dont la charge ne devait pas être imposée inutilement au débiteur. La loi, par une limitation nouvelle à la règle de l'art. 2204, y pourvoit en exigeant que, dans ce cas, la vente des divers immeubles n'ait lieu que successivement. Le créancier restera maître sans doute de choisir l'arrondissement dans lequel il lui conviendra de commencer ses poursuites; mais le débiteur sera certain du moins qu'il ne subira une augmentation de frais que dans le cas où les biens, objet des premières poursuites, ne suffisant pas pour

désintéresser les créanciers, il serait nécessaire de s'attaquer à d'autres. Telle est la pensée dans laquelle a été conçue la limitation que nous trouvons dans la première partie de l'art. 2210.

II. — 23. Mais ceci n'est pas sans exception. D'abord il ne fallait pas exagérer la protection due au débiteur et lui sacrifier le créancier en obligeant ce dernier, même quand le débiteur n'y a pas d'intérêt, à faire des saisies successives qui retardent la légitime satisfaction à laquelle il a droit. De là une loi du 14 novembre 1808, laquelle dispose : « Art. 1er. La saisie immobilière des biens d'un débiteur situés dans plusieurs arrondissements pourra être faite simultanément, toutes les fois que la valeur totale desdits biens sera inférieure au montant réuni des sommes dues tant au saisissant qu'aux autres créanciers inscrits. — Art. 2. La valeur des biens sera établie d'après les derniers baux authentiques, sur le pied du denier vingt-cinq. A défaut de baux authentiques, elle sera calculée d'après le rôle des contributions, sur le pied du denier trente. — Art. 3..... » Ainsi la loi s'attache au cas où le passif du débiteur excédant son actif, celui-ci n'a aucun intérêt à la séparation et à la division des poursuites; et elle rend au créancier sa liberté d'action en lui permettant d'aller au plus vite et de saisir simultanément tous les immeubles, s'il le juge à propos, pour arriver plus tôt à être payé.

24. Ensuite l'art. 2210 lui-même consacre une autre exception; elle est faite en vue du cas où les différents immeubles du débiteur, quoique situés dans des arrondissements différents, font partie néanmoins d'une seule et même exploitation. Quand les diverses parties d'un domaine s'exploitent les unes par les autres, ce serait en rendre la vente plus difficile et probablement moins productive que de contraindre le créancier à le morceler. C'est pourquoi le législateur, abandonnant la pensée restrictive de l'art. 2210, permet dans ce cas au créancier de saisir et faire vendre en même temps les diverses parties du domaine, quand même elles seraient d'une valeur supérieure au montant réuni des sommes dues tant au saisissant qu'aux autres créanciers inscrits (1).

III. — 25. Il y a mieux : dans ce dernier cas, le débiteur peut avoir lui-même intérêt à ce que la saisie embrasse à la fois tous les immeubles faisant partie de la même exploitation ; il pourrait donc, si le créancier s'arrêtait à la pensée de faire des saisies successives, le contraindre à procéder autrement, et requérir lui-même que l'expropriation se fît en bloc : c'est un droit que l'art. 2211 lui attribue formellement.

26. Cet article ajoute que, dans ce cas de vente en bloc, il est fait ventilation du prix d'adjudication s'il y a lieu. Et la ventilation est en effet nécessaire toutes les fois que, parmi les immeubles expropriés, les uns seulement et non les autres sont hypothéqués à la dette; ou bien encore quand ils sont hypothéqués à des dettes différentes; ou bien

---

(1) La ventilation peut être réclamée même au cours de l'instance d'ordre ouvert pour la distribution du prix, et après l'expiration des délais de surenchère. Cass., 24 nov. 1858 (*J. Pal.*, 1859, p. 852; S.-V., 59, 1, 129; Dall., 58, 1, 438).

enfin quand il y a en concours des hypothèques générales et des hypothèques spéciales.

27. Nous laissons à l'écart, dans ce commentaire des art. 2210 et 2211, la règle de compétence posée dans le second paragraphe du premier de ces articles. Elle se rattache à une autre partie de notre sujet que nous abordons dans le commentaire de l'art. 2208 (voy. n° 41).

2212. — Si le débiteur justifie, par baux authentiques, que le revenu net et libre de ses immeubles pendant une année, suffit pour le payement de la dette en capital, intérêts et frais, et s'il en offre la délégation au créancier, la poursuite peut être suspendue par les juges, sauf à être reprise s'il survient quelque opposition ou obstacle au payement.

SOMMAIRE.

I. 28, 29. La suspension est facultative pour le juge; et, si elle est ordonnée, la poursuite est reprise dans le cas d'opposition ou d'obstacle au payement. — 30. Comment une opposition peut survenir.

I. — 28. En terminant sur l'ordre d'idées dans lequel nous sommes placé, à savoir la détermination des biens qui peuvent être frappés de saisie immobilière, nous arrivons à l'art. 2212, qui, dans une pensée d'humanité, offre au débiteur un moyen d'échapper aux rigueurs de la saisie. Ce moyen consiste dans la délégation par le débiteur du revenu net et libre de ses immeubles au créancier pour un an, étant prouvé par baux authentiques que ce revenu suffit pour l'entier acquittement de la dette en capital, intérêts et frais.

29. Sur quoi il y a quelques points à préciser.

D'abord, il n'est pas nécessaire que le revenu de l'immeuble saisi soit *à lui seul* suffisant; la loi autorise à déléguer le revenu de tous les immeubles.

En second lieu, le texte exige si formellement la justification *par baux authentiques* de la quotité du revenu, que nous aurions quelque peine à admettre tout autre moyen de preuve.

Enfin, dans tous les cas, la suspension des poursuites est toute facultative de la part des juges, qui par conséquent sont entièrement libres de ne pas l'autoriser.

30. L'art. 2212 dit, dans sa disposition finale, que les poursuites dont la suspension aura été autorisée seront reprises s'il survient quelque opposition ou obstacle au payement de la somme déléguée. On a cherché à expliquer comment une opposition pourrait survenir. M. Duranton suppose que la délégation ne confère pas un droit exclusif; qu'elle est valable sans doute entre le délégant, le délégataire et le délégué qui a accepté la délégation ou à qui elle a été notifiée, mais qu'elle ne peut pas préjudicier aux autres créanciers du délégant (1). Dans ce système, il n'y aurait d'autre moyen de déléguer d'une manière

(1) Voy. M. Duranton (t. XXI, n° 29).

absolue le revenu à venir que la constitution d'antichrèse. Après avoir établi, dans notre Traité-Commentaire des Priviléges et Hypothèques (nº 366), que la cession de loyers est valable même au regard des créanciers inscrits à l'époque où elle intervient, nous ne saurions adhérer à cette manière de voir. L'opposition pourrait provenir, au contraire, suivant nous, d'une délégation antérieure régulièrement faite, mais que le débiteur aurait frauduleusement dissimulée pour obtenir le bénéfice de l'art. 2212.

2208. — L'expropriation des immeubles qui font partie de la communauté, se poursuit contre le mari débiteur, seul, quoique la femme soit obligée à la dette.

Celle des immeubles de la femme qui ne sont point entrés en communauté, se poursuit contre le mari et la femme, laquelle, au refus du mari de procéder avec elle, ou si le mari est mineur, peut être autorisée en justice.

En cas de minorité du mari et de la femme, ou de minorité de la femme seule, si son mari majeur refuse de procéder avec elle, il est nommé par le tribunal un tuteur à la femme, contre lequel la poursuite est exercée.

SOMMAIRE.

I. 31. Transition.

II. 32. Des personnes contre lesquelles peut être dirigée la saisie immobilière. — 33. En principe, la poursuite doit être dirigée contre le propriétaire ou ses représentants. — 34. Applications. Des cas où les biens, objet de la poursuite, appartiennent à un failli; — 35. A un incapable; — 36. A une femme mariée. — 37 à 40. Suite et hypothèses diverses.

III. 41. Des tribunaux devant lesquels l'action en expropriation doit être suivie. C'est en général devant le tribunal dans le ressort duquel est situé l'immeuble saisi. Applications : du cas où l'expropriation a pour objet des immeubles situés dans divers arrondissements, mais faisant partie d'une même exploitation (art. 2210, § 2); du cas où les divers immeubles, objet de la poursuite, sont, dans l'ensemble, d'une valeur inférieure au montant des créances tant du saisissant que des autres créances inscrites (l. 14 nov. 1808, art. 4).

I. — 31. Nous nous sommes occupé de la saisie immobilière ou de l'expropriation forcée au point de vue des biens qui en peuvent être l'objet. Nous arrivons maintenant à un autre ordre d'idées. Il faut voir quelles sont les personnes contre lesquellee l'action doit être dirigée, et, par occasion, quels sont les tribunaux devant lesquels elle doit être suivie. L'art. 2208 s'occupe du premier point, mais dans un de ses détails seulement, et, sous ce rapport, nous aurons à compléter. Quant au second point, il a été résolu, en partie aussi, par des textes dont nous avons eu à nous occuper déjà, et sur lesquels nous aurons à revenir. Reprenons donc successivement les deux points indiqués.

II. — 32. En principe général, les poursuites d'expropriation doivent être dirigées contre le propriétaire ou contre ses représentants. La première disposition de l'art. 2208 n'est qu'une application de ce principe : le mari, tant que dure la communauté, n'est pas, sans doute,

unique propriétaire des immeubles qui en font partie; mais comme mandataire légal de la femme, il a, dans des limites très-étendues, le droit d'en disposer même pour la part de celle-ci. L'expropriation peut donc en être poursuivie contre lui. Elle le serait contre le mari et contre la femme conjointement que les poursuites ne seraient pas nulles, sans doute; mais les frais occasionnés par la présence inutile de la femme pourraient être mis à la charge du créancier.

33. Le propriétaire sur qui est pratiquée la saisie est ordinairement le débiteur lui-même. Toutefois il en peut être autrement quand la dette est hypothécaire, soit qu'une personne ait hypothéqué son immeuble pour sûreté de la dette d'autrui, soit qu'il s'agisse d'un tiers détenteur qui a laissé passer les délais sans remplir les formalités de la purge ou sans effectuer le payement ou le délaissement, entre lesquels il peut opter (voy. notre Comm. des Priv. et Hyp., n°s 1128 et suiv.). L'opinion émise par un auteur que, dans ce dernier cas, la saisie est réellement pratiquée contre le débiteur qui a aliéné son immeuble (1), est trop manifestement inexacte pour qu'il soit nécessaire de s'y arrêter.

Si le tiers détenteur délaisse, nous savons qu'il est créé à l'immeuble délaissé un curateur contre lequel est dirigée la procédure d'expropriation (*supra,* art. 2174, n°s 1190 et suiv.).

34. Si le propriétaire est en état de faillite, c'est contre les syndics seuls, à partir du jugement déclaratif, que doit être « intentée ou suivie toute action mobilière ou immobilière; et il en est de même de toute voie d'exécution tant sur les meubles que sur les immeubles. » (C. comm., art. 443.)

35. Enfin le propriétaire est-il un incapable, la procédure d'expropriation est dirgée contre lui, sans doute; mais il doit, suivant la nature et l'étendue de son incapacité, être représenté ou seulement assisté :

Ainsi, le mineur non émancipé et l'interdit sont ici, comme toujours, représentés par leur tuteur, et celui-ci n'a pas besoin d'être autorisé par le conseil de famille, puisqu'il n'agit pas comme demandeur (Arg. de l'art. 464 C. civ.) (2) ;

Le mineur émancipé, le prodigue ou faible d'esprit pourvus d'un curateur ou d'un conseil judiciaire, doivent, quoique l'action soit réellement dirigée contre eux, être assistés du curateur ou du conseil, que le poursuivant est tenu de mettre en cause. Ceci s'induit des art. 482 et 513, et aussi, par analogie, des deux derniers paragraphes de l'article 2208, auxquels nous devons maintenant nous arrêter.

36. Il s'agit ici de l'expropriation des biens personnels de la femme, de ceux qui ne sont pas entrés en communauté, comme il est dit dans l'art. 2208 : le législateur exige, dans ce cas, que l'expropriation soit poursuivie simultanément contre le mari et la femme. Le mari doit

---

(1) Voy. M. Lachaize (t. II, p. 320, n° 510).
(2) Voy. Paris, 19 prair. an 12 (Dall., *Rec. alph.*, t. XI, p. 678).

intervenir, en effet, pour assister sa femme, qui, même en défendant, ne saurait agir sans lui; en outre, il y peut être intéressé à raison de la jouissance à laquelle il peut avoir droit sur les immeubles expropriés, soit personnellement, soit comme chef de la communauté. Ce n'est pas ici le lieu de rappeler suivant quelles distinctions cette jouissance, lorqu'elle lui appartient, tombe ou non sous l'action des créanciers; nous voulons seulement faire observer que, suivant l'occurrence, le mari sera mis en cause tant en son nom personnel que pour autoriser et assister sa femme, ou simplement dans ce dernier intérêt.

37. Du reste, la règle formulée dans le deuxième paragraphe de l'article 2208 est générale. On a écrit cependant qu'elle ne serait pas applicable aux immeubles dotaux, en ce que l'exercice des actions relatives à la dot appartenant au mari seul, c'est contre le mari seul que la procédure en expropriation devrait être dirigée (1). Mais cette solution a été justement rejetée. L'art. 2208 ne fait aucune distinction; il est spécial pour notre cas particulier, et, comme tel, il déroge à la règle générale. Ajoutons qu'il y déroge à bon droit : il ne faut pas que la femme soit dépouillée à son insu d'un immeuble dont, au moyen de ses paraphernaux ou à l'aide de bonnes cautions, elle aurait pu prévenir la vente (2).

38. Si le mari refuse de procéder avec sa femme, elle doit être autorisée par justice. Il est bien clair que ce refus doit se manifester pour que le poursuivant soit obligé de requérir l'autorisation. Dans le cas contraire, et, par exemple, si les deux époux avaient gardé un silence absolu durant le cours de la procédure, le poursuivant aurait agi régulièrement en notifiant tous les actes à l'un et à l'autre; il ne pourrait être tenu à rien de plus (3).

39. Dans cette même hypothèse de refus du mari, il doit être nommé par le tribunal, à la femme, un tuteur (ou plutôt un *curateur,* puisque la femme est émancipée), contre qui, dit l'art. 2208, la poursuite est exercée, ou, pour parler plus exactement, qui assiste la femme dans ces poursuites.

40. La nomination du curateur est nécessaire également dans le cas où le mari est mineur; et alors c'est, sans aucun doute, au créancier à la requérir avant toutes poursuites. Mais notons que ce que l'article dit expressément du cas où le mari est mineur doit s'entendre aussi du cas où il est en état d'interdiction judiciaire ou légale, car cet état le rend tout aussi incapable d'autoriser sa femme que l'état de minorité.

III. — 41. En règle générale, l'action en expropriation doit être portée devant le tribunal dans le ressort duquel est situé l'immeuble exproprié. Il suit de là que lorsque le débiteur a plusieurs immeubles situés dans différents arrondissements, le créancier ne peut pas les

---

(1) Voy. M. Delvincourt (t. III, p. 181, note 4).

(2) Voy. notre *Tr. du Contr. de mar.*, en collaboration avec M. Rodière (t. II, nº 484; 2ᵉ édit., t. III, nº 1761). Voy. aussi Cass., 11 janv. 1848 (S.-V., 48, 1, 158; *J. Pal.*, 1848, t. I, p. 10; Dall., 48, 1, 182).

(3) Voy. Douai, 27 août 1842 (S.-V., 43, 2, 60).

frapper tous à la fois par une seule et même saisie suivie devant un seul et même tribunal. C'est ce qu'exprime le deuxième paragraphe de l'article 2210, dont nous avons expliqué plus haut le premier paragraphe (nos 22 et suiv.).

Mais il y a, comme nous l'avons dit *loc. cit.*, une exception pour le cas où les immeubles que le débiteur possède dans différents arrondissements font partie d'une seule et même exploitation. L'art. 2210 dispose que, dans ce cas, la vente forcée est suivie devant le tribunal dans le ressort duquel se trouve le chef-lieu de l'exploitation, ou, à défaut de chef-lieu, la partie de bien qui présente le plus grand revenu, d'après la matrice du rôle.

Toutefois le législateur rentre dans la règle pour le cas prévu dans la loi du 14 novembre 1808, dont les dispositions principales sont également reproduites plus haut (n° 23). Ce cas est celui où les divers immeubles possédés par le débiteur dans plusieurs arrondissements étant, dans leur ensemble, d'une valeur inférieure au montant des créances réunies tant du poursuivant que des autres créanciers inscrits, la vente en peut être poursuivie simultanément. L'art. 4 de la loi précitée dit, dans ce cas, que « les procédures relatives tant à l'expropriation forcée qu'à la distribution du prix des immeubles, *seront portées devant les tribunaux respectifs de la situation des biens.* »

2213. — La vente forcée des immeubles ne peut être poursuivie qu'en vertu d'un titre authentique et exécutoire, pour une dette certaine et liquide. Si la dette est en espèces non liquidées, la poursuite est valable; mais l'adjudication ne pourra être faite qu'après la liquidation.

2214. — Le cessionnaire d'un titre exécutoire ne peut poursuivre l'expropriation qu'après que la signification du transport a été faite au débiteur.

2215. — La poursuite peut avoir lieu en vertu d'un jugement provisoire ou définitif, exécutoire par provision, nonobstant appel; mais l'adjudication ne peut se faire qu'après un jugement définitif en dernier ressort, ou passé en force de chose jugée.

La poursuite ne peut s'exercer en vertu de jugements rendus par défaut durant le délai de l'opposition..

2216. — La poursuite ne peut être annulée sous prétexte que le créancier l'aurait commencée pour une somme plus forte que celle qui lui est due.

2217. — Toute poursuite en expropriation d'immeubles doit être précédée d'un commandement de payer, fait, à la diligence et requête du créancier, à la personne du débiteur ou à son domicile, par le ministère d'un huissier.

Les formes du commandement et celles de la poursuite sur l'expropriation sont réglées par les lois sur la procédure.

SOMMAIRE.

I. 42. Transition et division.

II. 43. *Des créanciers qui peuvent saisir et faire vendre les immeubles.* Ce droit appartient à tous créanciers, sans distinguer entre les hypothécaires et les chirographaires. — 44. Du cas où le créancier est mineur ou interdit; de celui où il est mineur émancipé ou pourvu d'un conseil judiciaire. — 45. Du cas où le créancier est une femme mariée. — 46. Et de celui où les créanciers agissent contre un débiteur en état de faillite.

III. 47. *Du caractère que doit avoir le titre en vertu duquel l'action en expropriation est formée.* Il faut que le titre soit authentique et exécutoire. — 48. Développements. — 49. Du cas où le titre authentique est un jugement. — 50 à 54. Distinctions. — 55. Conditions de forme auxquelles le titre doit satisfaire pour être exécutoire : de la formule exécutoire ; — 56. Des actes qui peuvent être mis à exécution sans cette formule. — 57. Lorsque le titre remplit les conditions déterminées, il emporte exécution parée; — 58. Il autorise l'expropriation forcée non-seulement au profit du créancier au nom de qui il a été rédigé, mais encore au profit de ses ayants cause : conditions spéciales en ce qui concerne le cessionnaire; il n'est pas nécessaire que la cession elle-même ait été faite par acte authentique. — 59. Les héritiers et ayants cause à titre universel peuvent faire procéder à la saisie immobilière en vertu du titre de leur auteur.

IV. 60. *Des autres conditions requises pour suivre sur l'action en expropriation forcée.* Il faut : 1° que la créance à raison de laquelle l'expropriation est poursuivie soit liquide, certaine et exigible : développements; — 61. 2° Que le créancier ne réclame que ce qui lui est dû : toutefois la *plus-pétition* ne serait pas susceptible d'entraîner la nullité des poursuites ; en outre, et dans aucun cas, le droit de recourir à l'expropriation forcée ne dépend de la quotité de la créance ; — 62. 3° Que toute poursuite en expropriation d'immeubles soit précédée d'un commandement de payer. Renvoi.

I. — 42. Après avoir expliqué les dispositions de la loi en ce qui concerne les biens qui peuvent être frappés de saisie immobilière, les personnes contre lesquelles il doit être procédé par cette voie, et les tribunaux devant lesquels est suivie l'action en expropriation forcée, nous avons à dire quelles personnes peuvent pratiquer une saisie immobilière et à quelles conditions elles peuvent recourir à cette voie d'exécution. Nous nous attacherons donc, dans le commentaire des cinq articles que nous réunissons ici, à déterminer quels sont les créanciers auxquels appartient le droit de saisir immobilièrement les biens du débiteur, les conditions dans lesquelles doivent se produire soit le titre, soit la créance en vertu desquels l'expropriation forcée est suivie, et les obligations auxquelles doit satisfaire le créancier qui exerce cette action.

II. — 43. Tout créancier, pourvu qu'il remplisse les conditions exigées par la loi et dont nous allons parler tout à l'heure, peut, en principe, faire procéder à l'expropriation des immeubles de son débiteur ; il n'y a pas à distinguer à cet égard entre le créancier simplement chirographaire et le créancier hypothécaire. Ce droit, en effet, n'est pas attaché à l'hypothèque ; il dérive de la règle générale des art. 2092 et 2093, d'après lesquels tous les créanciers, sans distinction, ont un droit de gage général sur les biens du débiteur. Ce point incontesté (voy. notre Comment. des Priv. et Hyp., n°s 17 et suiv.) serait démontré au besoin par l'art. 2209 de notre titre, qui admet la saisie *des biens non hypothéqués* en cas d'insuffisance des biens hypothéqués.

44. Quand le créancier est mineur ou interdit, c'est le tuteur qui a droit de faire pratiquer la saisie au nom de l'incapable; et comme c'est là un acte d'administration pour lequel aucune formalité n'a été prescrite par la loi, le tuteur peut le faire seul, sans autorisation du conseil de famille. Si le créancier est un mineur émancipé ou une personne pourvue d'un conseil judiciaire, ils intentent eux-mêmes les poursuites; mais ils ont besoin de l'assistance du curateur ou du conseil. On ne saurait douter de la nécessité de cette assistance quant à la personne pourvue d'un conseil judiciaire, parce qu'il lui est absolument interdit d'ester en justice sans cela; mais, en ce qui concerne le mineur émancipé, on pourrait argumenter de l'art. 482, qui n'exige le concours du curateur que pour plaider en matière immobilière. Toutefois, disons ici, sans aborder la controverse qui s'est élevée sur la portée exacte de l'art. 482, qu'il n'est guère possible d'attribuer au mineur émancipé le droit de poursuivre seul le remboursement d'un capital mobilier qu'il ne pourrait pas recevoir sans être assisté de son curateur.

45. Que si le créancier est une femme mariée, on distinguera. Si le régime d'association conjugale, sous lequel elle s'est placée, est tel qu'il confère au mari l'administration des propres de la créancière, c'est le mari qui poursuivra l'expropriation, puisque c'est à lui qu'il appartient d'exercer les actions mobilières. Si, au contraire, le régime conjugal réserve à la femme l'administration de ses propres, c'est elle qui poursuivra l'expropriation avec l'assistance de son mari ou l'autorisation de la justice: ainsi en est-il quand il y a séparation de biens ou quand il s'agit de créances paraphernales dans le régime dotal. — Nous ne parlerons pas des créances tombées en communauté : il est de toute évidence que le mari seul peut en poursuivre le remboursement même par la voie de l'expropriation forcée.

46. La faillite du débiteur n'est pas sans influence sur l'exercice du droit de poursuite appartenant aux créanciers. C'est en effet le propre de la faillite de suspendre, en général, l'exercice des poursuites individuelles pour les remettre entre les mains des représentants de la masse. Toutefois, la règle ne s'applique pas d'une manière absolue à la saisie immobilière : il faut distinguer entre les créanciers hypothécaires et les créanciers simplement chirographaires.

Les premiers, nantis, nonobstant le jugement déclaratif de faillite, d'un droit qu'ils conservent en toute occurrence et qui n'est pas soumis aux chances communes, ne sont pas obligés d'attendre la liquidation plus ou moins lente de la faillite; ils peuvent toujours, jusqu'à l'union, pratiquer des saisies, et même mener à fin, après l'union, celles qu'ils auraient commencées auparavant. Tout ce qui leur est interdit, c'est d'entamer des saisies après l'union, parce qu'alors la vente se fait tout aussi rapidement et à moindres frais à la diligence du syndic (C. comm., art. 571, 572).

Mais il en est autrement des créanciers simplement chirographaires. Dès que la faillite est déclarée, ils perdent d'une manière absolue la

faculté d'exercer des poursuites individuelles, et spécialement de faire saisir immobilièrement les biens de leur débiteur. On est allé même jusqu'à leur contester le droit de continuer la saisie qu'ils auraient commencée avant le jugement (1). Toutefois, ce serait là étendre les prohibitions de la loi. L'examen attentif des art. 571 et 572 du Code de commerce ne permet pas de douter que ce qui est défendu, ce sont uniquement les poursuites nouvelles après le jugement déclaratif de la faillite (2). C'est bien là d'ailleurs l'esprit de la loi; car elle a voulu éviter les frais : or, dans l'opinion contraire, ils s'augmenteraient, au préjudice de la masse, de tous ceux que le créancier aurait exposés dans la poursuite dont il avait pris l'initiative quand il pouvait le faire et que la déclaration ultérieure de la faillite ne lui permettrait pas de continuer.

Sans insister davantage sur cette première partie de nos observations, nous passons à l'examen des conditions requises pour que le créancier puisse procéder utilement par la voie de l'expropriation forcée.

III.—47. La première condition est relative aux caractères du titre en vertu duquel l'action est formée. Le créancier, d'après l'art. 2213, doit être nanti d'un titre *authentique* et *exécutoire*. Nous n'avons pas à revenir ici sur la définition du titre *authentique;* nous renvoyons à cet égard aux explications données par Marcadé dans son commentaire des art. 1317 et 1319 du Code civil. Mais quelques observations sont nécessaires en ce qui concerne le titre *exécutoire*.

Il ne suffit pas, pour qu'un titre soit exécutoire, qu'il ait le caractère de l'authenticité : il faut en outre, d'une part, qu'il émane d'une autorité ayant pouvoir d'imprimer à ses actes la force d'exécution, et, d'une autre part, qu'il satisfasse à certaines conditions de forme. Nous nous arrêterons successivement à ces deux points, et nous dirons ensuite par qui et dans l'intérêt de qui le titre peut être ramené à exécution quand il est exécutoire.

48. Le titre est exécutoire, disons-nous, quand il émane d'une autorité ayant pouvoir d'imprimer à ses actes la force d'exécution : c'est seulement quand il est dans ce cas que le titre, s'il satisfait d'ailleurs aux conditions de forme dont nous allons parler, autorise le créancier qui en est porteur à procéder par la voie de la saisie immobilière. Ainsi, un procès-verbal de conciliation, bien qu'il soit un acte authentique, n'est pas dans ce cas, car il n'a pas la force exécutoire (C. pr., art. 54). De même, une sentence arbitrale qui n'a été ni déposée au greffe du tribunal, ni revêtue de l'ordonnance d'*exéquatur* par le président, ne constitue pas, alors même que du consentement de toutes les parties elle a été déposée chez un notaire pour être placée au nombre de ses minutes, un titre exécutoire pouvant servir de base à une poursuite de saisie immobilière (3). De même un acte reçu par un officier public

(1) Dijon, 18 janv. 1858 (Dall., 60, 2, 78).
(2) Voy. Paris, 30 nov. 1839 (Dall., 40, 2, 231).
(3) Riom, 13 nov. 1855 (S.-V., 57, 2, 350; *J. Pal.*, 1857, p. 1061).

étranger ne saurait, en l'absence de traités spéciaux, obtenir force exécutoire en France (art. 546 C. pr., et 2128 C. civ. comb.; voy. dans notre Comment. des Priv. et Hyp., au n° 617, nos observations sur ce dernier article). Quant aux jugements rendus par les tribunaux étrangers, on peut se reporter aux détails dans lesquels nous sommes entré dans notre commentaire de l'art. 2123 (nos 583 et suiv.).

49. Quand le titre authentique et exécutoire de sa nature est un jugement, il ne peut autoriser la saisie immobilière pour l'exécution des condamnations qu'il prononce que sous certaines distinctions indiquées dans l'art. 2215, et commandées par l'équité autant que par les principes.

50. Et d'abord, tout jugement contradictoire *en dernier ressort* est un titre suffisant pour recourir à l'expropriation forcée nonobstant toute voie extraordinaire de recours, telle que la requête civile ou le pourvoi en cassation, dirigée contre lui. Ces voies de recours ne sont pas suspensives de l'exécution (voy. pourtant, pour la tierce opposition, C. pr., art. 478). — Il en est de même d'un jugement par défaut ou en premier ressort qui aurait acquis force de chose jugée, par exemple par l'expiration des délais ou par l'acquiescement de la partie condamnée.

51. Que s'il s'agit d'un jugement provisoire ou d'un jugement définitif n'ayant pas encore force de chose jugée, soit parce qu'il est en premier ressort, soit parce qu'il a été rendu par défaut, la décision est suffisante pour commencer les poursuites; mais il faut qu'il intervienne un jugement définitif ayant force de chose jugée pour qu'il soit permis de passer outre à l'adjudication. Cependant, il faut s'entendre : le jugement provisoire est celui qui tranche provisoirement la difficulté; mais c'est aussi un jugement provisoire que celui qui accorde une provision. Or, c'est au premier seulement que, d'après la lettre même de l'article 2215, s'applique l'observation qui précède. Ainsi, le jugement qui condamne un adjudicataire à payer les droits de mutation, nonobstant l'appel dirigé contre l'adjudication, est provisoire dans le sens du texte; la créance de la régie n'est définitivement assurée qu'après le rejet de l'appel : donc, jusque-là il ne peut pas y avoir vente et expropriation des biens de l'adjudicataire pour le payement (1). Mais un jugement alloue une provision à une femme pendant l'instance en séparation de corps : on peut bien dire de ce jugement qu'il est provisoire, puisqu'il ne doit avoir effet que pendant la durée du procès; toutefois, il alloue définitivement les sommes qu'il détermine; et s'il a, d'ailleurs, force de chose jugée, il permet assurément qu'il soit passé outre à l'adjudication des immeubles saisis (2).

52. Un jugement contradictoire en *premier ressort* peut toujours être exécuté même par voie de saisie immobilière (huitaine après sa pro-

(1) Cass., 29 oct. 1806 (Dall., *Rec. alph.*, t. VII, p. 325).
(2) Voy. Req., 1er prair. an 13 (Dall., *ibid.*, t. XI, p. 689).

nonciation; C. pr., art. 450), tant qu'il n'y a pas eu d'appel interjeté, ou même nonobstant l'appel quand l'exécution provisoire a été ordonnée. Mais, ici encore, il ne pourra être passé outre à l'adjudication qu'après que ce jugement aura été confirmé sur l'appel, ou sera passé en force de chose jugée. Cette règle, empruntée à l'ordonnance de 1667 (tit. XXVII, art. 8), se justifie d'elle-même et n'a pas besoin d'être expliquée.

53. Il en est autrement de la disposition de l'art. 2215 relative aux jugements par défaut. Prise à la lettre, cette disposition conduirait à ce résultat, qu'il ne serait jamais possible de pratiquer une saisie immobilière en vertu d'un jugement de cette nature, à moins, peut-être, qu'il ne fût exécutoire par provision avant que les délais de l'opposition fussent expirés; et c'était vrai à l'époque de la rédaction du Code, car alors on était encore sous l'empire de l'ordonnance de 1667, d'après laquelle (tit. XXXV, art. 3) le délai de l'opposition était, dans tous les cas, de huitaine à partir de la signification du jugement à procureur ou à partie, suivant qu'il y avait ou non procureur constitué. Aujourd'hui, cela n'est vrai que relativement. Il en est toujours ainsi dans le cas de défaut contre avoué, car alors le délai de l'opposition est encore le même et il est suspensif de l'exécution (C. proc., art. 155 et 157). Mais il en est autrement dans le cas de défaut faute de comparaître : la faculté d'exécuter demeure suspendue, sans doute, pendant huitaine à compter de la signification à partie; mais bien que l'opposition soit encore recevable après ce délai, les poursuites d'exécution peuvent dès lors procéder régulièrement, et la saisie immobilière elle-même peut être valablement pratiquée, sauf à ne passer outre à l'adjudication que conformément à l'art. 2215. Il ne peut s'élever aucun doute sur ce point en présence de l'art. 159 du Code de procédure, d'après lequel l'opposition n'est plus recevable *quand la saisie d'un ou de plusieurs de ses immeubles a été notifiée au condamné.*

54. Du reste les juges peuvent, en certains cas, ordonner l'exécution provisoire d'un jugement par défaut, nonobstant le délai d'opposition et même nonobstant l'opposition intervenue (C. pr., art. 155). Comme la loi ne distingue pas entre les actes d'exécution auxquels le créancier a droit de recourir provisoirement, il faut admettre que la saisie immobilière peut être valablement pratiquée dans ce cas, sauf à attendre la décision définitive pour procéder à l'adjudication.

55. Passons aux conditions de forme auxquelles le titre exécutoire doit satisfaire pour couvrir la voie de l'expropriation forcée. En général, la poursuite doit avoir lieu en vertu d'une expédition qui, dans la pratique, porte la nom de *grosse*. Ce qui la distingue, c'est qu'elle est intitulée au nom du souverain et terminée par la *formule exécutoire,* c'est-à-dire par un mandement du souverain aux agents de la force publique de prêter main-forte à l'exécution. Les termes de cette formule n'ont guère varié depuis le sénatus-consulte du 28 floréal an 12, article 141; ils sont fixés aujourd'hui, ainsi que l'intitulé, par le décret

du 2 septembre 1871. La formule exécutoire ne peut d'ailleurs être apposée aux actes que par les officiers qui en ont reçu mission du législateur.

56. Néanmoins certains actes peuvent, par exception, être mis à exécution même par voie de saisie immobilière, sans être revêtus de la formule exécutoire. Tels sont, en premier lieu, les actes de l'autorité judiciaire, dont l'exécution provisoire est ordonnée sur la minute; par exemple, dans certains cas, les ordonnances de référé (C. pr., art. 811) et les sentences des juges de paix (l. 25 mai 1838, art 12). Tels sont, en second lieu, les actes de juridiction émanés de l'autorité administrative. Cela n'est pas contesté pour ceux de ces actes qu'on désigne spécialement par le nom de *contraintes,* dont la force d'exécution peut être tenue en échec par une opposition formée devant les tribunaux judiciaires. (Voy., par exemple, l. 22 frim. an 7, art. 64 ; l. 18 juill. 1837, art. 63 ; déc. 16 août 1791, art, 4.) Mais on a contesté qu'il en fùt ainsi par rapport aux décisions émanées des tribunaux administratifs, lesquelles n'ont plus ce caractère de contraintes. La même règle, toutefois, semble devoir leur être appliquée par un motif commun à toutes les décisions de la juridiction administrative, à savoir que ces décisions émanent de l'autorité même en qui réside le pouvoir exécutif.

57. Lorsque le titre remplit les conditions ci-dessus déterminées, il emporte *exécution parée,* notamment par voie de saisie immobilière dans toute l'étendue du territoire français. Nous faisons cette observation parce qu'elle est l'objet de la disposition spéciale de l'art. 547 du Code de procédure, laquelle a surtout pour but de déroger à une règle de notre ancien droit. En effet, dans l'ancienne France, un jugement ou arrêt n'était pas exécutoire en dehors du territoire du parlement dans le ressort duquel il avait été rendu, à moins qu'il ne fût revêtu d'un *paréatis* émané de la chancellerie du royaume, ou de la chancellerie du parlement dans le ressort duquel on en voulait poursuivre l'exécution. (Ord. de 1667, tit. XXVII, art. 6.) Aujourd'hui, il n'y a plus rien de semblable; car on ne saurait assimiler à ce *paréatis* la légalisation requise en certains cas pour les actes notariés par la loi du 25 ventôse an 11, art. 28. Cette légalisation n'ajoute rien à la force exécutoire de l'acte; elle n'a d'autre but que d'attester la sincérité de la signature du notaire qui a délivré l'expédition; elle émane, d'ailleurs, de l'autorité judiciaire dans le ressort de laquelle cet acte a été dressé, et non de celle dans le ressort de laquelle il doit être mis à exécution.

58. De même lorsque le titre exécutoire remplit les conditions voulues, il autorise l'expropriation forcée non-seulement au profit du créancier au nom de qui il a été rédigé, mais encore au profit de ses ayants cause. Ainsi le cessionnaire du titre pourrait faire pratiquer une saisie immobilière, pourvu, toutefois, qu'il remplisse les formalités requises pour que le transport soit accompli au regard des tiers : l'art. 2214 dispose, dans cette pensée, que le cessionnaire d'un titre exécutoire ne peut poursuivre l'expropriation *qu'après que la signification du trans-*

port a été faite au débiteur (1); à quoi nous ajouterons cependant, par application de l'art. 1690, que l'expropriation pourrait aussi être poursuivie par le cessionnaire si la cession avait été acceptée par le débiteur dans un acte authentique.

Quelques auteurs ont prétendu que la cession elle-même doit être faite par acte authentique. Mais c'est ajouter arbitrairement à la loi. La cession n'est pas le titre en vertu duquel la saisie est pratiquée; or c'est seulement le titre servant de fondement à la saisie qui, d'après l'art. 2213, doit être authentique et exécutoire. Quant à la cession, elle a exclusivement pour objet d'en transporter le bénéfice; la signification requise par l'art. 2214, ou l'acceptation dont parle l'art. 1690, satisfait donc à toutes les exigences (2).

59. Quant aux héritiers et ayants cause à titre universel du créancier, ils peuvent incontestablement faire procéder à la saisie immobilière en vertu du titre qui appartient à leur auteur. Il en était ainsi déjà dans l'ancien droit, et la règle y était formulée par la maxime : « Le mort exécute le vif. » (3) Mais on estimait, en sens inverse, que *le vif n'exécute pas le mort,* c'est-à-dire « que tout droit d'exécution s'éteint avec la personne de l'obligé ou du condamné. » (4) La règle pourtant n'était pas absolue; quelques coutumes autorisaient d'une manière plus ou moins large la poursuite contre l'héritier, en vertu du titre exécutoire délivré contre le défunt; mais de droit commun, il fallait obtenir à nouveau, après la mort du débiteur, un titre exécutoire contre l'héritier. L'art. 877 du Code civil abroge cette ancienne maxime; aujourd'hui, les titres exécutoires contre le défunt le sont également contre les héritiers; néanmoins, comme ceux-ci ne doivent pas être pris à l'improviste, on doit leur donner connaissance du titre par une signification à personne ou domicile qui précède de huit jours au moins les poursuites d'exécution.

IV. — 60. Quelles sont maintenant, outre ces conditions relatives au caractère du titre, les autres règles auxquelles est soumis le créancier qui procède par voie d'expropriation forcée? Il faut, en premier lieu, que sa créance soit certaine, liquide et exigible (art. 2213).

La créance n'est pas certaine si l'existence de l'obligation est subordonnée à une condition. Elle n'est pas liquide d'une manière générale toutes les fois que le montant n'en est pas immédiatement déterminé (5).

---

(1) L'article s'applique au créancier subrogé comme au cessionnaire proprement dit. En conséquence est nulle la saisie immobilière pratiquée par un codébiteur solidaire qui a payé la dette commune et se trouve ainsi subrogé dans les droits et actions du créancier, si elle n'a pas été précédée de la signification du titre en vertu duquel la subrogation s'est opérée. Trib. de Montbéliard, 11 févr. 1869 (*J. Pal.*, 1869, p. 1029; S.-V., 69, 2, 242).

(2) Voy. Pau, 25 janv. 1832; Bourges, 17 avr. 1839; Rej., 16 nov. 1840 (S.-V., 34, 2, 316; 39, 2, 449; Dall., 41, 1, 8).

(3) Voy. Loysel (nº 891, édit. Dupin, t. II, p. 242).

(4) Voy. Loysel (*loc. cit.*).

(5) Une créance déterminée d'une manière certaine et liquide par le titre exécu-

Mais notons que tout en étant liquide, c'est-à-dire fixée dans son étendue et son objet, la créance peut n'être pas *liquidée,* c'est-à-dire évaluée en argent. Dans ce cas, et aux termes de l'art. 2213, on peut néanmoins faire les poursuites, mais jusqu'à l'adjudication exclusivement. L'art. 551 du Code de procédure est plus favorable au débiteur en ce que, dans notre hypothèse, il n'autorise que la saisie (et les actes nécessaires pour en assurer l'effet, tels que la dénonciation et la transcription), et dispose qu'il sera sursis immédiatement à toutes poursuites ultérieures, jusqu'à l'évaluation de la créance.

61. Il faut ensuite, en thèse générale, que le créancier ne recoure à l'expropriation forcée que pour le recouvrement de la somme qui lui est due. Et, à ce propos, nous ferons remarquer que le droit de recourir à cette voie ne dépend aucunement de la quotité de la créance. D'après Pigeau, l'usage, du moins à Paris, ne permettait pas de saisir pour créances au-dessous de 200 livres. Il n'en est plus ainsi aujourd'hui, bien qu'on trouve encore dans le même sens quelques décisions motivées d'ailleurs par des circonstances de fait (1). Le débiteur n'a pas à s'en plaindre, car il peut toujours se mettre à l'abri des poursuites en payant, ou encore invoquer, s'il y a lieu, le bénéfice de l'article 2212.

Mais de ce que le créancier ne doit poursuivre que pour la somme à lui due, il ne s'ensuit pas que les poursuites doivent être annulées si elles sont faites pour une somme supérieure au montant de la dette. Il n'en était pas ainsi dans l'ancien droit, qui, pour une partie notable de la France, admettait la règle du vieux droit romain, d'après laquelle celui qui réclamait plus qu'il ne lui était dû perdait son procès. Nous n'admettons plus aujourd'hui que la *plus-pétition* soit une cause de déchéance; et en conformité de cela, l'art. 2216 dit que « la poursuite ne peut être annulée sous prétexte que le créancier l'aurait commencée pour une somme plus forte que celle qui lui est due. »

62. Il faut enfin que toute poursuite en expropriation d'immeubles soit précédée d'un commandement de payer fait, à la diligence et requête du créancier, à la personne du débiteur ou à son domicile, par le ministère d'un huissier (art. 2217) (2). Nous n'insistons pas sur cette disposition à l'occasion de laquelle nous nous sommes expliqué dans notre Traité-Commentaire des Priviléges et Hypothèques (n[os] 1145 et

---

toire qui la constate ne cesse pas d'avoir ce caractère et de pouvoir, dès lors, servir de base à une saisie immobilière, bien que le saisi conteste la validité de ce titre : cette contestation constitue simplement un incident de la saisie immobilière, que les juges doivent vider pour reconnaître si le saisissant a réellement une créance certaine et liquide. Rej., 17 mai 1859 (S.-V., 60, 1, 462; *J. Pal.*, 1859, p. 1129; Dall., 59, 1, 396).

(1) Colmar, 8 mars 1822 (Dall., *Rec. alph.*, t. XI, p. 686). Voy. aussi Pigeau, t. II, p. 210).

(2) Lorsque le commandement a lieu en vertu d'une créance née d'une ouverture de crédit, il suffit qu'il contienne la copie authentique et exécutoire de l'acte d'ouverture de crédit ; il n'est pas besoin d'y donner copie de tous les documents propres à déterminer le chiffre des sommes versées au crédité. Req., 25 juill. 1859 (Dall., 59, 1, 400; *J. Pal.*, 1860, p. 272; S.-V., 60, 1, 31).

suiv.), et qui, d'ailleurs, renferme une règle de procédure dont le développement sort de notre sujet.

CHAPITRE II

DE L'ORDRE ET DE LA DISTRIBUTION DU PRIX ENTRE LES CRÉANCIERS.

2218. — L'ordre et la distribution du prix des immeubles, et la manière d'y procéder, sont réglés par les lois sur la procédure.

SOMMAIRE.

63. Renvoi.

63. Les dispositions du Code de procédure auxquelles renvoie l'article 2218, ne sont pas non plus de notre sujet. Nous nous référons donc à ces dispositions, en faisant remarquer que ce sont celles que la loi du 21 mai 1858 a eu principalement pour objet de modifier (1).

---

(1) M. Seligman, président du Tibunal civil d'Annecy, a fait de cette loi un commentaire soigneusement élaboré, que nous avons revu pour le mettre en rapport avec notre explication des titres XVIII et XIX, livre III, du Code civil.

FIN.

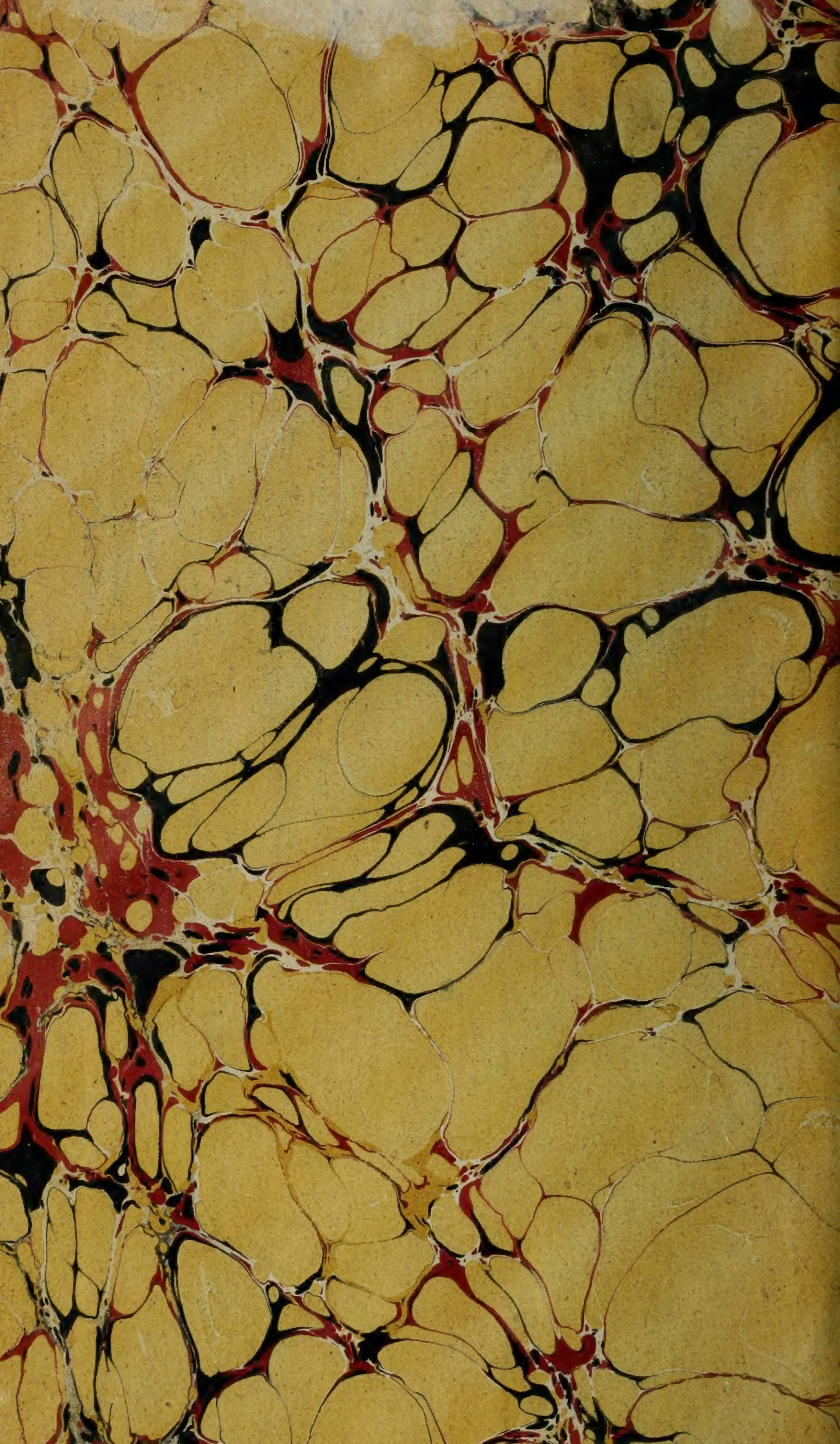
TABLE

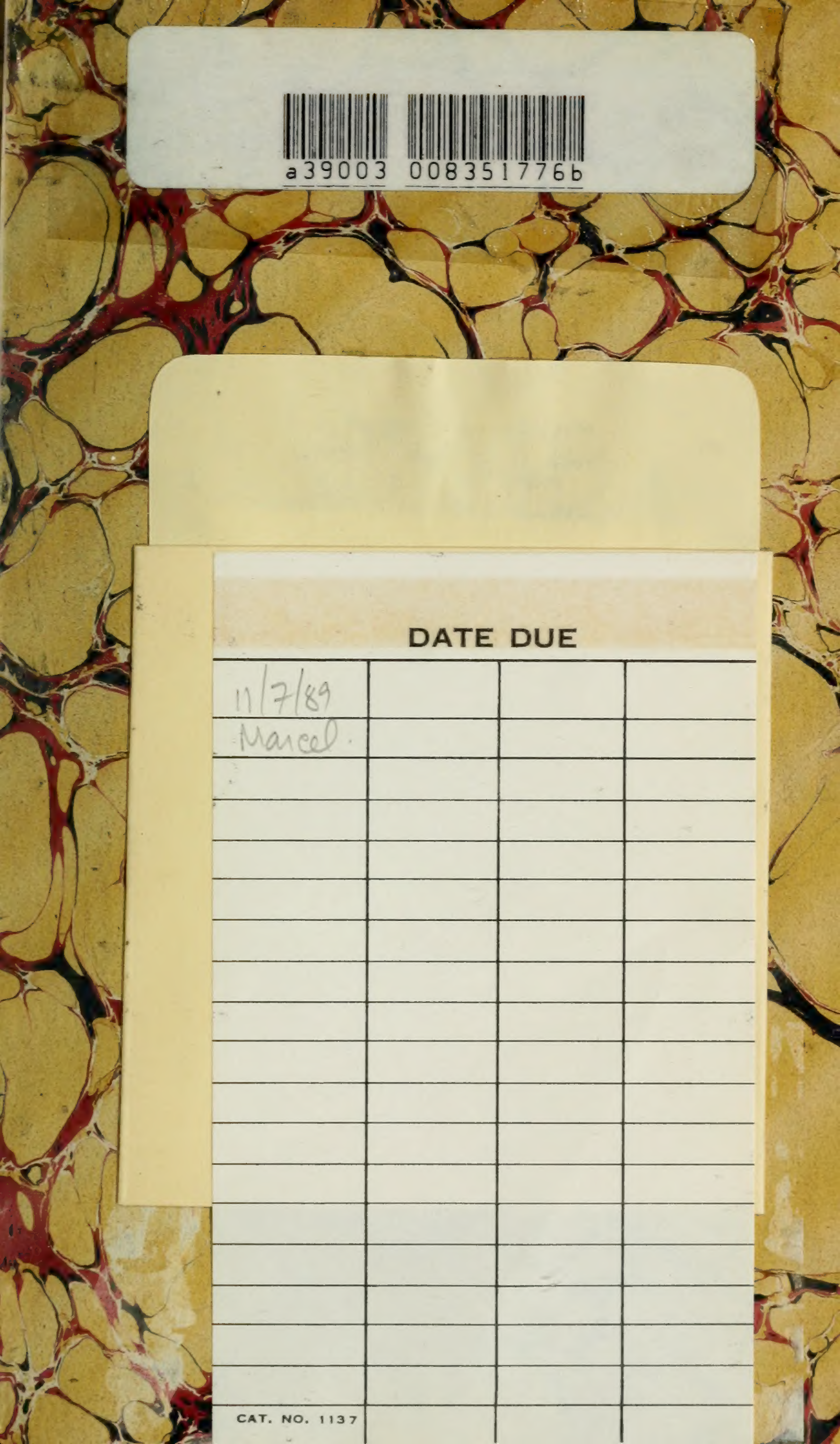
DES TITRES, CHAPITRES, SECTIONS ET PARAGRAPHES

CONTENUS DANS LE TOME SECOND.

FIN DE LA TABLE.

PARIS. — TYPOGRAPHIE DE J. BEST,
rue des Missions, 15.





a39003 008351776b
DATE DUE
11/7/89
Marcel.
CAT. NO. 1137

